BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich <<
von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein
Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 8,1

Erlangen (1807)

J.rom.c. 137-8,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565387-2
VD18 90223764

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Universität in Erlangen.

Achten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1807.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Lib. V. Tit. IV.

Si pars hereditatis petatur.

§. 572.

Natur der particulairen Erbschaftsklage. Entwickelung der hier eintretenden verschiedenen Fälle.

Wer nur auf einen Theil der Erbschaft Anspruch hat, kann sein Recht auf zweyerley Art geltend machen. Er kann sich bald einer Klage, bald einer Einrede bedienen. Besitzt er nämlich die ganze Erbschaft, welche der Kläger, der sich für den alleinigen Erben hält, in Anspruch nimmt, so kann sich der Beklagte mit der Einrede schützen, daß er zu einem gewissen Theil Miterbe sey [1]). Klagt er hingegen wider den Besitzer der Erbschaft, der ihm seinen Antheil streitig macht, so ist dies die particuläre Erbschaftsklage, *hereditatis petitio partiaria*, oder *actio, si pars hereditatis petatur.* Diese Klage geht nicht auf Theilung der Erbschaft, sondern auf An-

1) *L. 8. D. h. t.* Permittendum erit possessori hereditatis; partem quidem hereditatis defendere, parte vero cedere. Nec enim prohibet, aliquem totam hereditatem possidere, et partem scire dimidiam ad se pertinere, de altera parte controversiam non facere. Hiermit ist *L. 21. D. de reb. credit.* zu verbinden, welche auch aus IULIANI *libro 48. Dig.* genommen ist. S. *Ger.* NOODT h. t. *Oper.* Tom. II. p. 188.

Anerkennung des dem Kläger zustehenden Partikular-Erbrechts [2]). Es kommt daher auch nicht darauf an, was der Beklagte von der Erbschaft besitzt, sondern blos auf das Recht des Klägers, und wie viel diesem zu seinem Antheil von der Erbschaft gebührt [3]). Da nun der Theil der Erbschaft, welcher dem Kläger gebührt, blos ideal ist, der ihm, wie **Ulpian** [4]) sagt, pro indiviso restituirt werden muß; so hat der Kläger an jeder einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sache ein Recht nach dem Verhältniß seines Antheils erworben [5]). Hiernach entscheiden sich folgende Fälle.

1) Der Beklagte besitzt die ganze Erbschaft, und hält sich für den alleinigen Erben. Hier fordert der Kläger geradezu seinen Antheil, und gründet seinen Anspruch auf sein Miterbrecht [6]).

2) Es besitzen mehrere die Erbschaft, die nicht Erben sind, an welcher mehrere Miterben Anspruch machen. Z. B. A. und B. besitzen die Erbschaft pro herede, welche dem C. und D. jedem zur Hälfte gehört. Hier kann nicht jeder

2) *L. 7. D. h. t.* Non possumus consequi per hereditatis petitionem id, quod familiae erciscundae iudicio consequimur, ut a communione discedamus: cum ad officium iudicis nihil amplius pertineat, *quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi iubeat.*

3) *L. 1. §. 1. D. h. t.* Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed *ex suo iure.*

4) *L. 7. D. h. t.*

5) von SAVIGNY Recht des Besitzes §. 22. Nr. 2. S. 205.

6) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

jeder der Miterben einen jeden der Besitzer auf den ganzen Antheil belangen, welchen der Beklagte von der Erbschaft besitzt, wenn dieser auch gerade die Hälfte der Erbschaft betrüge. Denn man kann hier nicht sagen, A. besitze den Antheil des C. und B. den Antheil des D., sondern jeder der Beklagten besitzt pro indiviso so gut das, was dem C. als was dem D. zu seinem Antheile gebührt. Ein jeder der Miterben klagt also gegen jeden der Besitzer auf die Hälfte von dem, was er besitzt [7]. Wenn hingegen

3) von denen, welche die Erbschaft besitzen, der eine ein wahrer Miterbe ist, der andere aber nicht, so muß dieser letztere mit der particulären Erbschaftsklage von dem hinzugekommenen nicht besitzenden Miterben allein in Anspruch

7) *L. 1. §. 2. D. eod.* Quin imo si duo possideant hereditatem, et duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere contenti esse debent, puta primus a primo (vel) secundus a secundo, sed ambo a primo, ambo a secundo. Neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo utriusque pro herede. Diese Stelle beweist übrigens, daß die Particular-Erbschaftsklage auch gegen den angestellt werden kann, dem der Kläger gar kein Erbrecht zugesteht, wie auch MALBLANC in Dig. P. II. §. 380. nr. I. sehr richtig bemerkt hat. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 707. S. 762. den Unterschied zwischen der Universal- und Particular-Erbschaftsklage darin setzt, daß jene wider einen solchen angestellt werde, den ich nicht als Erben anerkenne; diese aber gegen einen, den ich als Miterben agnoscire, der mich aber dafür nicht gelten lassen will. Die Unrichtigkeit dieser Theorie offenbart sich noch mehr, wenn man damit vergleicht, was ich Nr. 3. gesagt habe. Man sehe auch Weber zu Höpfner a. a. O. S. 763.

spruch genommen werden, wenn der mit ihm besitzende Miterbe mehr nicht besitzt, als ihm nach seiner Portion gebührt. Ist die Erbschaft noch unter den Besitzern unvertheilt, so hat dieses auch keinen Zweifel. Wenn aber unter ihnen schon eine Theilung der Erbschaft geschehen wäre, sie sey durch gütliche Uebereinkunft, oder mittelst der Erbtheilungsklage bewirkt worden, so sollte nach der Analogie des strengen Rechts eigentlich jeder Besitzer pro rata belangt werden. Der besitzende Miterbe müßte auch die Hälfte seines Antheils dem Kläger abgeben, und dann gegen den falschen Miterben wieder auf die Hälfte klagen. Allein um diesen Umweg zu vermeiden, ist nach der Billigkeit die Meinung des **Pegasus** [8]) angenommen. Auf jeden

8) *L. 1. §. 3. D. h. t.* Si ego ex parte me dicam heredem, coheres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, cum non plus coheres haberet sua parte; utrum a solo extraneo, an vero et a coherede deberem petere hereditatem, quaeritur. Et PEGASUS fertur existimasse, *a solo extraneo me petere debere, eumque restituturum, quidquid possidet.* Et fortassis hoc officio iudicis debeat fieri. Caeterum ratio facit, ut a duobus petam hereditatem, hoc est, et a coherede meo; et ille quoque dirigat actionem adversus exterum possessorem. Sed *Pegasi* sententia utilior est. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. will die Meinung des Pegasus von dem Falle verstehen, wenn der wahre und falsche Miterbe die Erbschaft noch in ungetheiltem Besitz (pro indiviso) hatten. Eben so Westphal im Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 531. Allein VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 2. hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Wäre des Pegasus Meinung von einer noch ungetheilten Erbschaft zu verstehen, so wäre nicht abzusehen, worin sie von der Strenge des Rechts abweiche. Sie geht also blos den Fall einer schon getheilten Erb-

jeden Fall kann jedoch der obsiegende Kläger gegen den wahren Miterben auf Theilung der Erbschaft klagen, dieser mochte die Erbschaft mit dem extraneo, wie die Gesetze hier den falschen Miterben nennen, getheilt oder noch ungetheilt besitzen, weil der wahre Miterbe sich die etwa geschehene Theilung nicht braucht zu seinem Nachtheil gefallen zu lassen [9]). Ein Anders wäre, wenn die Erbschaft blos in fungiblen Sachen bestünde. Hier bedarf es keiner weitern Theilung, sondern es tritt gegenseitig die Compensation ein [10]).

Erbschaft an. Auch in diesem Falle ist die Klage gegen den falschen Miterben zu richten. Alles dieses bestärkt noch mit mehreren die *L. 8. D. de Rei Vindicat.* wo gesagt wird, bey der Reivindicatione sey es anders. Es heißt daselbst: POMPONIUS *lib. 36.* probat: si ex aequis partibus fundum mihi te cum communem, tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus totum semissem. Aliter atque si *certis regionibus* possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi debere me petere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. *Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest.* Mit dieser Erklärung stimmen auch die Basilica Tom. V. Lib. XLII. Tit. 2. pag. 650. überein. Man sehe noch *Henr. Th.* PAGENSTECHER ius Pegasianum. (*Lemgoviae* 1741. 4.) Cap. VI. pag. 17. seq. und THIBAUT System des Pand. R. II. Band §. 741. S. 164.

9) S. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. X. §. 46. seqq. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 380. nr. II. pag. 85.

10) VOET c. l. PAGENSTECHER c. l. pag. 19. not. e.

4) Wenn der Kläger schon Etwas von der Erbschaft besitzt, aber noch nicht so viel, als ihm zu seinem Antheile gehört, das Uebrige aber die Miterben im Besitz haben. Z. E. dem Kläger gebührt nach dem Testament die Hälfte der Erbschaft; er besitzt aber nur ein Drittel, und so viel besitzen auch die übrigen beyden Miterben; so muß er eigentlich gegen jeden der übrigen beyden Miterben auf die Hälfte von dem klagen, was jeder besitzt. Auf solche Art bekommt er von jedem ein Sechstel. Weil er aber nun zu viel hat, da er schon ein Drittel besaß, so muß er von seinem Triente jedem ein Zwölftel zurückgeben, sofern nicht etwa derselbe sogleich auf den Sextantem, worauf geklagt wurde, abgerechnet werden konnte [11]). Ja wenn auch der Kläger, dem die Hälfte der Erbschaft gebührt, diesen ihm gehörigen Erbtheil schon in Händen hätte, so kann er dennoch gegen den Besitzer der andern Hälfte der Erbschaft klagen, wenn ihm dieser sein Miterbrecht streitig macht, weil das Miterbrecht des Klägers nicht auf einem gewissen Theile der Sachen, sondern auf allen zur Erbschaft gehörigen Stücken zu seinem Antheile haftet. Der Beklagte muß das, was er hat, mit dem Kläger theilen, dagegen dieser ihm die Hälfte von den in seinen Händen befind-

11) *L. 1. §. 4. D. h. t.* Item si cum me ex parte dimidia heredem dicerem, trientem hereditatis possiderem, deinde residuum sextantem velim persequi, qualiter agam, videamus? Et LABEO scribit, *utique partem dimidiam me petere debere a singulis.* Sic fieri, ut a singulis *sextantem* consequar: et habebo bessem. Quod verum puto. *Sed ipse tenebor ad restitutionem sextantis ex triente*, quem possidebam: et ideo officio iudicis invicem *compensatio* erit admittenda eius, quod possideo, si forte coheredes sint, a quibus hereditatem peto.

befindlichen Gütern zurückgiebt. Machen sie sich gegenseitig ihr Miterbrecht nicht streitig, so können sie sich der Erbtheilungsklage bedienen, ausserdem aber ist die Partikular-Erbschaftsklage anzustellen [12]).

5) Wenn des Klägers Miterben die Erbschaft ganz besitzen, und sich darein getheilt haben; so muß die Klage gegen jeden der die Erbschaft besitzenden Miterben angestellt werden, daß sie den Kläger in Ansehung der ihm gebührenden Quote von dem, was sie von der Erbschaft in Händen haben, befriedigen [13]).

6) Zuweilen ist der Theil der Erbschaft, welcher dem Kläger gebührt, noch ungewiß. Es kann eine solche Ungewißheit entstehen,

a) wenn der Kläger mit solchen Miterben concurrirt, welche noch nicht zur Welt gebohren sind. Hier unterscheide man ferner.

 aa) Die

12) *L. 1. §. 2. D. h. t.* Et si possessor et petitor possideant hereditatem, cum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi adserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur, aut, si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae experiri eos oportebit. S. Westphals angef. Commentar §. 529. u. 530. S. 341. f.

13) *L. 6. pr. D. h. t.* Sorori, quam coheredem fratribus quatuor in bonis matris esse placuit, quinta portio *pro portionibus*, quae ad eos pertinuit, cedet: ita ut singuli in quarta, quam antehac habere credebantur, non amplius ei quintam conferant. Das *pro portionibus* ist hier so viel, als pro unaquaque portione. Der Sinn ist also der, ein Jeder der Miterben muß von seiner Portion, welche er besitzt, den fünften Theil restituiren. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a.

aa) Die noch ungebohrnen Miterben sind solche, deren Vater der Erblasser nicht war. Z. B. der Verstorbene hinterläßt zu seinen Erben seines verstorbenen ältesten Bruders Sohn, und zwey schwangere Wittwen von zwey verstorbenen jüngern Brüdern [14]). Geschwister Kinder erben in capita. Allein hier weiß man nun nicht, wie viel Kinder die schwangern Wittwen zur Welt bringen werden. Sollte der schon gebohrne Miterbe eher nichts bekommen, als bis durch die Niederkunft der schwangern Wittwen die Ungewißheit gehoben seyn wird, so wäre das unbillig. Er kann also klagen; allein hier hat die partiarische Erbschaftsklage das Besondere, daß sie auf einen nicht bestimmten Theil gerichtet wird [15]). Der Richter muß also nach Willkühr bestimmen, was einstweilen für die noch ungebohrnen Miterben zurückgelegt werden soll [16]).

bb) Der

14) *L. 1. §. 5. D. h. t.* Interdum Praetor *incertae partis hereditatis petitionem* indulget, idoneis causis intervenientibus, utputa est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes; quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est; quia, quot edantur fratrum defuncti filii, incertum est. Aequissimum igitur est, *incertae partis vindicationem ei concedi.* Non audenter itaque dicitur, ubicumque merito quis incertus est, quam partem vindicet, *debere ei incertae partis vindicationem concedi.*

15) Z. B. Wenn ich nun mit dem Verstorbenen so nahe verwandt bin, als die Beklagten, und mir wenigstens zum Theil die Erbschaft mit gebührt. S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen. 3. B. §. 616.

16) S. THIBAUT System des P. R. 2. Band §. 738. und Westphals angef. Commentar §. 519. Zwar glaubt HOFACKER in

bb) Der Erblasser selbst hinterläßt, ausser schon gebohrnen Kindern, eine schwangere Wittwe. In diesem Falle werden wegen der Möglichkeit, daß Trillinge gebohren werden könnten, drey Theile zurückgelegt. Der schon gebohrne Sohn kann also vor der Hand nur auf den vierten Theil klagen [17]). Werden nun weniger gebohren, so wird

in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1674. es sey auch hier das Temperament zu treffen, daß man auf jede schwangere Wittwe drey Theile rechnen müsse. Allein richtiger verstehen die meisten Rechtsgelehrten die *L. 3. h. t.* von einer schwangern Wittwe des Erblassers. S. VOET h. t. §. 3. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 6. FINESTRES Praelect. Cervar. in Tit. Pand. de liberis et postumis pag. 185. MALBLANC Dig. h. t. §. 380.

17) *L. 3. D. h. t.* Prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur: id est, quia fieri poterat, ut tergemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverunt. Es werden in dieser Stelle zugleich mehrere Beyspiele von mütterlicher Fruchtbarkeit angeführt, wo von einer Mutter zugleich 3. 4. 5. und noch mehr Kinder gebohren worden sind. Paulus führt theils fremde, theils vaterländische Beyspiele an. Unter den letztern haben die Worte: Sed et tergeminos Senatores cinctos vidimus Horatios, den Auslegern besonders viel Schwierigkeiten gemacht, weil die Horatier keine Senatoren gewesen, und das Wort cinctos sich auch gar nicht zu den Senatoren schicke. Man hat daher mancherley Emendationen versucht. S. *Desid.* HERALDI Observat. et Emendat. cap. 39. in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1362. *Car. Annib.* FABROTI Exercitat. II. de numero puerperii, in *eod. Thes.* Tom. III. pag. 1171. sqq. und Westphals angef. Commentar §. 524. Allein daß sich ohne Emendation die Stelle ganz gut erklären lasse, haben HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. *Ev.*

wird ihm darnach zugelegt, werden aber mehr als drey gebohren, so muß er auch verhältnißmäßig wieder herausgeben [18]).

b) Kann der Theil des Klägers auch darum vor der Hand ungewiß seyn, weil von den Miterben einige noch unentschlossen sind, ob sie miterben wollen, oder nicht. Hier braucht zwar der Kläger deren Entschluß nicht abzuwarten, allein er kann vor der Hand mehr nicht fordern, als sein Antheil betragen würde, wenn die noch jetzt unentschlossenen Miterben die Erbschaft angetreten hätten. Schlagen diese nachher die Erbschaft aus, so können diejenigen, welche die Erbschaft angetreten haben, auch davon noch ihren Antheil fordern, sofern er ihnen gebührt [19]).

Uebri-

Ev. OTTO in Iurisprud. Symbolica Exercit. II. cap. 15. und *Corn. van* BYNCKERSHOEK in Obſervat. iuris Rom. lib. III. cap. 8. gezeigt. Man sehe übrigens noch *Foppii ab* AEZEMA Diſſertation. ex iure civ. lib. II. cap. 3. in *Theſ. Meermann.* Tom. VI. pag. 822.

18) *L. 4. D. h. t.* Et ſi pauciores fuerint nati, reſiduum ei pro rata accreſcere: ſi plures, quam tres, decreſcere de ea parte, ex qua heres factus eſt. S. *Iul.* PACII Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 38. und TRIP Diſſ. de parte ventris hereditaria, in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. 9.

19) *L. 2. D. h. t.* Si ex pluribus, ad quos eadem hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent: eos, qui adierint, ſi petant hereditatem, *non maiorem partem petere debere, quam habituri eſſent, caeteris adeuntibus*; nec eis proderit, ſi caeteri non adierint. Non adeuntibus autem caeteris, poterunt tunc partes eorum petere, ſi modo ad eos pertinerent. Die Worte: *nec eis proderit*, wollen so viel sagen, es gereiche ihnen

zur

Uebrigens treten bey dieser Klage die nämlichen Grundsätze, wie bey der Universal-Erbschaftsklage, ein, auch was vom bonae und malae fidei possessore dort gesagt worden ist, gilt auch hier. Ersterer restituirt daher die Erbschaft nur soweit, als er dadurch noch bereichert ist, was er vor entstandenem Prozesse verschwendet, verlohren, und sonst eingebüßt hat, ersetzt er nicht. Hier entsteht nun die Frage, wenn sich der Beklagte bona fide für den Universalerben gehalten hätte, da ihm doch nur die Hälfte der Erbschaft gebührt, und er hätte zu der Zeit, da der Miterbe Klage wider ihn erhob, schon die Hälfte aufgezehrt, was wird er hier dem Kläger restituiren? **Marcellus**, welchen **Ulpian** [20]) citirt, hat diesen Fall libro 4. Dige-

zur Vermeidung der Strafe der pluspetitio zu keiner Entschuldigung, daß die übrigen die Erbschaft nicht angetreten hätten. Die letzten Worte hingegen gehen darauf, daß nicht etwa Substituten da sind. S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. nr. IV. not. b. et c. Westphals Commentar §. 520.

20) *L. 25. §. 15. D. de heredit. petit.* Adeo autem, qui locupletior factus non est, non tenetur, ut si quis putans se ex asse heredem, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumserit, MARCELLUS *libro 4. Digestorum* tractat, num [non] teneatur; quasi id, quod erogaverit, ex eo fuerit, quod ad eum non pertinebat, sed ad coheredem. Nam et si is, qui heres non erat, totum, quidquid apud se fuit, consumsisset, sine dubio non teneretur, quasi locupletior non factus. Sed in proposita quaestione, tribus visionibus relatis, una prima, deinde alia, posse dici, totum, quod superest, restituere eum debere, quasi suam partem consumserit: tertia utrique, quod consumtum est, decedere. Ait, utique non, nihil restituendum. De illo dubitat, utrum totum, an partem restituendam dicat. Puto tamen residuum integrum non esse restituendum, sed partem eius

Digestorum erörtert. Er betrachtet ihn nach drey verschiedenen Ansichten. Man könnte erstens sagen, der Beklagte dürfe dem Kläger gar nichts herausgeben, weil die Hälfte, welche verzehrt worden, diejenige sey, die der Kläger abfordert. Denn wenn der bonae fidei possessor, dem auch gar kein Erbrecht zusteht, die Erbschaft ganz consumirt hätte, ohne dadurch bereichert zu seyn, so würde der wahre Erbe keinen weitern Anspruch an ihn haben. Allein diese Meinung verwirft **Marcellus** schlechterdings. Nach einer andern Ansicht der Sache könnte man sagen, der Beklagte habe seine Hälfte verzehrt, und müsse daher dem Kläger alles Uebrige restituiren. Endlich nach einer drit-

eius dimidiam. Ich bemerke hier zur Erläuterung, daß das Wort *visio* hier eben so viel, als das Wort *inspectio L. 31. D. depositi* und *L. 44. D. de obligat. et act.* bedeutet. Man übersetzt es gewöhnlich durch Meinung. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Tit. de hereditat. petit. Nr. XLI. not. d. p. 207. und Westphals Commentar §. 527. Allein *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. b. l. pag. 282. scheint das *tres visiones* richtiger durch tres opinionum adspectus zu erklären. Daß übrigens dieser Ausdruck ein Emblem des Tribonian sey, wie Cujaz will, ist unwahrscheinlich, und wird mit Recht von BRISSONIUS de Verb. Signif. h. v. verworfen, welcher das Wort *Visio* mit Anton Augustin durch θεώρημα oder θεωρία erklärt. Man sehe auch *Io.* WYBO in Triboniano, ab emblematibus Wissenbachii liberato, Cap. II. §. 4. Ferner *una prima*, heißt hier die eine ist diejenige, welche eben erwähnt worden ist. Die Worte *Utique non, nihil restituendum*, so wie sie mit POTHIER c. l. not. f. statt *nonnihil*, wie man gewöhnlich lieset, unterschieden werden müssen; wollen so viel sagen: die erstere Meinung, nach welcher der Beklagte in dem bemerkten Falle gar nichts restituiren dürfe, sey auf keine Weise zu billigen.

dritten Ansicht läßt sich annehmen, daß das Verzehrte einem Jedem zugleich auf seinen Antheil abzurechnen sey. Da **Marcellus** zwischen den beyden letztern Ansichten schwankte, so erklärt sich **Ulpian** für die letztere Meinung. Nach dieser Entscheidung bekommt also der Kläger nur die Hälfte von dem, was der Beklagte noch von der Erbschaft besitzt. **Anton Faber** [21]) glaubt zwar, die alten Juristen müßten der zweyten Meinung zugethan gewesen seyn, denn diese sey der Analogie und der Billgkeit gemäßer. Er hält daher das ganze Fragment für interpolirt. Allein in der That ohne allen Grund, wie **Ulrich Huber** [22]) und **Westphal** [23]), vorzüglich aber **Just. Meier** [24]) gezeigt haben. Der Beklagte hat hier nicht auf seinen Theil, sondern in dem guten Glauben, er sey Universalerbe, auf das Ganze gezehrt. Er behält also, sofern er, wie hier vorausgesetzt wird, durch die Consumtion nicht reicher geworden ist, seinen Antheil an dem Ueberreste. Es läßt sich auch mit Grund nicht behaupten, daß die Entscheidung **Ulpians** der Rechtsanalogie entgegenstreite. Das nämliche Theilungsprinzip befolgen die römischen Rechtsgelehrten auch in andern Fällen, wo von Restitution einer Erbschaft die Rede ist, und dem Beklagten die Consumtion erlaubt war [25]).

Bey

21) Conjectur. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 2.

22) Eunom. Rom. h. L. pag. 282.

23) Im angef. Commentar §. 527. S. 340.

24) Ενδοξων Iustinianeor. s. Disputation. apologeticar. iuris civ. Decad. III. cap. 1.

25) Man vergleiche z. B. *L. 54. D. ad SCtum Trebell.* wo Papinian in dem Falle, da eine fideicommissarische Erbschaft der-

Bey dieser Klage werden auch die gehabten Unkosten und Verwendungen dem Kläger eben so zum Theil angerechnet, wie solches bey der Universal-Erbschaftsklage im Ganzen geschiehet [26]).

dergestalt hinterlassen worden ist, daß dem Fideicommissar nur dasjenige restituirt werden solle, was bey dem Absterben des Fiduciars von der Erbschaft noch übrig seyn wird, behauptet, daß die Ausgaben, welche der Fiduciar aus der Erbschaft bestritten hat, nicht blos auf das Fideicommiß, sondern auch zugleich verhältnißmäßig auf das eigene Vermögen des Fiduciars geschlagen, und darnach der Abgang von der fideicommissarischen Erbschaft ausgemittelt werden solle, und diese Entscheidung durch ein Decret des Kaisers Marcus bestärkt. Man sehe, was davon im 7. Th. 2. Abth. §. 569. Not. 80. S. 559. f. vorgekommen ist, und vergleiche noch Westphals systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1672.

26) *L. 6. §. 1. D. h. t.* Sumtus, qui propter onera totius hereditatis iusti fiunt, ei, qui patroni iure portionem evicerit, pro rata computentur. Daß hier blos des Patrons Erwähnung geschieht, ist zufällig. Denn daß der Grundsatz allgemein sey, erhellet aus *L. 39. D. famil. erciſc.* S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. nr. VII.

Lib.

Lib. V. Tit. V.

De possessoria hereditatis petitione.

§. 573.

Begriff der *Bonorum possessio* und Bestimmung der Fälle, wo die vom Prätor gegebene Art der Erbschaftsklage Statt findet.

Es giebt Personen, welche nach dem prätorischen Rechte zu einer Erbschaft gelangen können, auf die sie nach dem Civilrechte keinen Anspruch haben, soweit nicht etwa das neuere Civilrecht hierin dem Beyspiele des Prätors nachgeahmt hat. Ein solches Recht, welches der Prätor, oder, nach dem Beyspiele desselben, ein neues Civilgesetz auf eine Erbschaft ertheilt, wird *Bonorum possessio* genennt [27]). Auf diesem Wege kann z. B. der überlebende Ehegatte aus dem Edict des Prätors: *Unde vir et uxor*, die ganze Verlassenschaft des Verstorbenen, wenn nämlich derselbe keine successionsfähige Verwandten hinterlassen hat, erhalten, auf die er nach dem Civilrechte keinen Anspruch würde machen können. Zu Gunsten solcher prätorischer Erben hat nun der Prätor ein doppeltes Rechtsmittel eingeführt, ein possessorisches, nämlich das *Interdictum quorum bonorum*, um zum Besitz der körperlichen Erbschaftssachen zu gelangen, und ein petitorisches, nämlich die *possessoria hereditatis petitio*, zur Anerkennung des prätorischen Erbrechts gegen einen solchen Besitzer, der sich die Erbschaft pro herede oder pro possessore anmaßt. Die

letztere

27) S. Koch's Bonorum possessio §. 3.

letztere wird darum *possessoria* genennt, weil sie aus der bonorum possessione oder dem prätorischen Erbrechte entsteht. Beyde Rechtsmittel dürfen also nicht, wie von einigen [28]) geschehen ist, mit einander vermischt, und für ein und das nämliche gehalten werden. Wenn nun gleich, um das Interdictum quorum bonorum gebrauchen zu können, nicht gerade nothwendig ist, daß man die bonorum possessio agnoscirt haben müsse, denn es kommt auch dem Civilerben zu statten [29]); so ist doch eine solche Agnition schlechterdings nothwendig, um die hereditatis petitionem possessoriam anstellen zu können [30]).

Es lassen sich jedoch zwey Fälle gedenken. Der prätorische Erbe, welcher die B. P. agnoscirt hat, hat entweder schon den Besitz der Erbschaft darauf erlangt, oder nicht.

28) Z. B. SCHAUMBURG in Compend. Dig. h. t. §. 2. et Lib. XLIII. Tit. 2. §. 2. den deshalb *Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Vach in Progr. de bonorum possessione remedio nec possessorio nec interimistico. *Marburgi Cattorum* 1753. 4. mit Recht widerlegt hat.

29) S. Kochs B. P. §. 29. S. 338.

30) In dem Klageschreiben muß daher auch der gerichtlich geschehenen Agnition der B. P. ausdrücklich gedacht werden, denn sie gehört zum Grunde der Klage, weil nach dem prätorischen Rechte Niemand *ipso iure* Erbe wird. S. Koch §. 6. S. 61. folg. Die Agnition kann jedoch auch in der Klage selbst noch geschehen, z. E. wenn mir nun in diesem Falle nach dem Edict des Prätors ein Erbrecht zusteht, wie ich mich denn dazu gerichtlich hiermit will erklärt, und solches agnoscirt haben ꝛc. S. Schmidts theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen. 3. B. §. 588.

nicht. Im ersten Falle giebt ihm die Bonorum possessio, wie **Ulpian**[31]) sagt, das ius retinendi patrimonii, und er kann nun abwarten, bis er mit der Erbschaftsklage in Anspruch genommen wird. Hier kann er sich schützen mit der Einrede, daß er prätorischer Erbe sey. Es muß nur aber der Kläger kein besseres und vorzüglicheres Erbrecht haben, dem er weichen muß. Denn die hereditatis petitio civilis hat auch gegen den prätorischen Erben Statt[32]). Z. B. ein Wittwer erhält die bonorum possessio ex edicto *unde vir et uxor*, ohnerachtet seine verstorbene Ehefrau Verwandten hinterlassen hat, weil diese selbst binnen der gesetzlichen Frist die bonorum possessio nicht gesucht hatten. Hier muß der Wittwer weichen, wenn die Verwandten als Civilerben nachher gegen ihn, es sey possessorisch oder petitorisch, auf die Auslieferung der Erbschaft klagen[33]). Die bonorum possessio des Wittwers war also hier, wie man es nennt, *sine re*, d. i. ohne Wirkung[34]).

Wenn hingegen der bonorum possessor die Erbschaft nicht besitzt, sondern ein Dritter besitzt sie pro herede oder pro possessore, so ertheilt die bonorum possessio dem Erben, der sie gehörig agnoscirt hat, ein ius per-

31) *L. 3. §. 2. D. de bon. poss.*

32) *L. 11. pr. D. de heredit. petit.*

33) Von diesem Falle ist die *L. 3. C. Quor. bonor.* zu verstehen. S. HUGO Commentat. de bonorum possessionibus. *Halae* 1788. §. 26.

34) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolg. §. 71.

persequendi patrimonii, wie Ulpian [35]) sagt, d. i. er kann sich nun, um die Erbschaft selbst zu erhalten, der prätorischen Erbschaftsklage bedienen.

Da jedoch die Bon. possessio ihrer Wirkung nach sehr verschieden ist, indem sie bald ein wahres Erbrecht giebt (bonorum possessio *edictalis*), bald nur einen interimistischen Besitz, jedoch verbunden mit dem Rechte, die Alimente einstweilen aus der Erbschaft zu geniessen, bis der Zweifel, oder das Hinderniß gehoben ist, welches jetzt noch der wirklichen Erwerbung der Erbschaft im Wege steht (bonorum possessio *decretalis*) [36]), so ist nun weiter zu bemerken, daß die possessoria hereditatis petitio nur eigentlich auf eine bonorum possessio edictalis gegründet sey [37]), sie werde nun entweder auf ein Testament gegründet (*testamentaria*), oder ohne Testament gesucht (*ab intestato*). Ulpian [38]) giebt dieses ganz deutlich zu erkennen, wenn er sagt: Ordinarium fuit, post civiles actiones hereditarias propositas, rationem habere *Praetorem* etiam eorum, *quos ipse velut heredes facit:* hoc est, eorum, quibus *bonorum possessio* data est. Nun ist derjenige, welcher die bonorum possessio edictalis agnoscirt hat, loco et vice heredis, und genießt alle Rechte eines Civilerben [39]).

Wer

35) *L. 3. §. 2. D. de bonor. possess.*

36) Koch B. P. §. 6.

37) Koch §. 29. S. 337.

38) *L. 1. D. h. t.*

39) *Pr. I. de bon. poss. L. 13. pr. D. de B. P. contra tab.* Koch §. 6. S. 74.

Wer hingegen nur eine bonorum possessionem decretalem erlangt hat, z. B. einem unmündigen Kinde des Erblassers, welches die Verwandten des Verstorbenen nicht als ein rechtmäßiges Kind desselben anerkennen wollen, ist die B. P. *ex edicto Carboniano* zuerkannt worden; der kann sich zwar, wenn er die deshalb erforderliche Caution geleistet hat, des Interdicti quorum bonorum bedienen, um den Besitz der Erbschaft zu erhalten; er kann auch durch seinen Vormund Erbschaftsschuldner belangen lassen, wenn zu besorgen ist, daß die Forderungen verlohren gehen könnten [40]; allein die dem prätorischen Erben zustehende hereditatis petitio possessoria ist in der Regel mit einer bloßen bonorum possessione decretali nicht verknüpft. Es sagt vielmehr **Ulpian** [41]: Quodsi coeperit aut hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus, aut singulas res: rectissime IULIANUS *libro* 24. *Digestorum* scribit, exceptione eum summovendum. Contentus enim esse debet hac praerogativa, quod possessorem eum Praetor tantisper constituit. Zwar könnte der Carbonianische B. possessor, von dem **Ulpian** hier redet, als Civilerbe, die hereditatis petitionem directam anstellen; aber dann müßte er auch, wie **Ulpian** nachher noch selbst bemerkt hat, sogleich beweisen können, daß er ein rechtmäßiges Kind des Verstorbenen sey, und würde hierdurch den Vortheil der Carbonianischen bonorum possessio verlieren [42].

40) *L. 15. D. de Carbon. Edicto. Ios.* FINESTRES in Hermogeniani libros Epitomar. iuris Tom. II. pag. 725. sqq.

41) *L. 3. §. 13. D. de Carbon. Edicto.* THIBAUT System des Pand. R. 2. B. §. 674. S. 106.

42) *L. 1. C. de ord. cognit.* FINESTRES c. l. pag. 729. und meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 70. S. 193.

Wenn ein Civilerbe, um der damit verbundenen Vortheile willen, die B. P. edictalem agnoscirt, wie ihm zu thun frey steht (*bonorum possessio utilis*); so ist er nun als ein bonorum possessor anzusehen, und als ein solcher zu behandeln. Er kann daher nun nicht mehr die hereditatis petitionem civilem anstellen, sondern muß sich jetzt der prätorischen Erbschaftsklage bedienen. Denn ein bonorum possessor, wenn er auch der Civilerbe, ja ein suus heres ist, kann von seinem Civilerbrechte, nachdem er die B. P. agnoscirt hat, keinen weitern Gebrauch machen [43]).

Uebrigens hat die possessoria hereditatis petitio mit der hereditatis petitione civili gleichen Effect [44]) und gleiche Dauer. Zwar muß die Agnition der B. P. von Kindern und Eltern binnen einem Jahre, von andern Personen aber binnen hundert Tagen geschehen; allein deswegen wird doch die prätorische Erbschaftsklage eben so, wie die aus dem Civilrechte entspringende, erst in 30 Jahren präscribirt *).

43) Anderer Meinung ist zwar HUGO in Commentat. de bonorum possessionibus §. 25. Allein man sehe *Arn.* VINNII Commentar. ad pr. I. de bon. possess. nr. 3. und Koch's Bon. P. §. 18. S. 222. folg.

44) *L. 2. D. h. t.* Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

*) *L. 3. Cod. de praescr. XXX. vel XL. annor.*

Lib.

Lib. V. Tit. VI.

De fideicommiſſaria hereditatis petitione.

§. 574. u. 575.

Natur dieſer Klage. Gegen wen findet ſie Statt?

Iſt Jemandem eine Erbſchaft dergeſtalt hinterlaſſen worden, daß er ſolche nach des Erblaſſers Tode nicht unmittelbar von dieſem, ſondern aus der Hand eines directen Erben empfängt, dem der Erblaſſer das Ganze oder einen Theil davon abzutreten auferlegt hat, ſo nennt man ſie eine fideicommiſſariſche Erbſchaft, oder ein Univerſal-Fideicommiß [45]). Derjenige, welchem ein ſolches Fideicommiß nach dem Willen des Erblaſſers reſtituirt werden ſoll, wird *Fideicommiſſarius*, ſo wie hingegen der, welcher es jenem reſtituiren ſoll, *Fiduciarius* genennt. Der Fiduciar hat nun entweder die Erbſchaft ſchon angetreten, oder nicht. In dem letztern Falle kann der Fideicommiſſar den Richter bitten, daß er den Fiduciar, wenn er ſich deſſen ohne gerechten Grund weigert, zur Antretung und Reſtitution der Erbſchaft anhalte. Schon das Senatusconſultum Pegaſianum hatte es dem Erben zur Pflicht gemacht, die fideicommiſſariſche Erbſchaft auch wider ſeinen Willen anzunehmen, um ſie reſtituiren zu können [46]), und **Juſtinian** hat dieſes in

 ſeiner

45) S. Weſtphals hermenevt. ſyſt. Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen 2. Th. §. 1550. ff.

46) *§. 6. I. de fideicomm. heredit.* Sed ſi recuſabat ſcriptus heres adire hereditatem, ob id, quod diceret, eam ſibi ſuſpectam eſſe.

seiner neuen Constitution von fideicommissarischen Erbschaften nochmals bestätiget [47]). Einer förmlichen Klage bedarf es jedoch hierzu nicht, sondern es wird die bloße Imploration des richterlichen Amtes für hinreichend gehalten. Nach dem neuern röm. Rechte [48]) kann auch der Fideicommissar bitten, ihn bey der Verweigerung des fiduciarischen Erben selbst zur Antretung der Erbschaft zuzulassen [49]).

Hat hingegen der Fiduciar die Erbschaft schon von selbst angetreten, so hat derselbe entweder die Erbschaft in Besitz, oder nicht, sondern ein Dritter besitzt sie. Im ersten

esse, quasi damnosam, cavebatur *Pegasiano Senatusconsulto*, ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, iussu Praetoris adiret, et restitueret hereditatem; perindeque ei, et in eum, qui reciperet hereditatem, actiones darentur, ac iuris est ex *Trebelliano Senatusconsulto.*

47) *§. 7. I. eodem.* Sed etiam id, quod praecipuum *Pegasiani Senatusconsulti* fuerat, ut, quando recusaret heres scriptus, sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur, totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum, et contra eum transferre actiones: et hoc transposuimus ad *Senatusconsultum Trebellianum*, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

48) *Nov. I. cap. 1. §. 1.* Etenim in legatariis et fideicommissariis hunc esse volumus ordinem, ut primum fideicommissario universali — *facultas adeundi* concedatur, quia instar heredis est, maxime apud nos, qui soli Trebelliano SCto in talibus fideicommissis locum dedimus, ambages Pegasiani odio habentes et explodentes.

49) Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. B. §. 580. S. 51. f.

ersten Falle findet wider ihn die actio personalis ex testamento Statt, daß er die Erbschaft, dem Willen des Verstorbenen gemäß, an den Fideicommissar abtrete [50]). In dem letzten Falle aber kann der Fideicommissar von dem fiduciarischen Erben weiter nichts verlangen, als daß er ihm die Erbschaft mit Worten restituire [51]). Erst durch diese Restitution geht das Universaleigenthum an den Gütern der Erbschaft mit allen damit verbundenen erbschaftlichen Klagen auf den Fideicommissar über, wenn er gleich noch nicht den Besitz derselben erhalten hat [52]), und dieser wird nun dadurch in den Stand gesetzt, auch die petitorische Erbschaftsklage gegen den dritten Besitzer der Erbschaft anstellen zu können, wenn dieser sich die Erbschaft entweder als vermeintlicher Erbe oder als bloßer Besitzer anmaßt, und den Kläger nicht als Fideicommißerben anerkennen will. Diese Art der Erbschaftsklage wird nun *hereditatis petitio fideicommissaria* genennt. Sie steht also dem Fideicommißerben zu, dem die Erbschaft

50) BOEHMER doctrina de actionibus. Sect. II. cap. 3. §. 27. et not. f.

51) *L. 37. pr. D. ad SCtum Trebell.*

52) *L. 63. pr. D. eodem.* Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt eius, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem. und *L. 3. D. h. t.* sagt: Hae autem actiones mihi dantur, *quae heredi*, (nämlich qui mihi hereditatem restituit) *et in heredem competunt.* Die von dem Fideicommissar und gegen denselben nach der Restitution anzustellenden erbschaftlichen Klagen sind jedoch *actiones utiles.* *§. 4. I. de fideic. heredit.* S. Westphals angef. Darstellung. 2. Th. §. 1683.

mit Worten abgetreten worden ist [53]), und wird wider den dritten Besitzer der Erbschaft [54]) darauf gerichtet, daß Kläger für des Verstorbenen Fideicommißerben anerkannt, und ihm die Erbschaft cum omni causa herausgegeben werde [55]). Da die Abtretung des Universalfideicommisses mit zum Grunde der Klage gehört, so muß derselben in der Klage Erwähnung geschehen, wofern sie nicht etwa, wegen eingetretener Unmöglichkeit oder in contumaciam als geschehen angenommen werden kann [56]). Ob übri-gens

53) *L. 1. D. h. t.* Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his, *quibus restituta est hereditas.* Nam quisquis suscepit *restitutam* hereditatem ex *Senatusconsulto*, ex quo actiones transeunt, *fideicommissaria hereditatis petitione* uti poterit. Nach dem Rechte der Pandecten war ein Unterschied, ob die Erbschaft nach dem Trebellianischen oder Pegasianischen Senatusconsultum geschehen war. Nur in dem ersten Falle war die fideicommissaria hereditatis petitio begründet, denn nur in diesem Falle giengen die actiones hereditariae auf den Fideicommissar über. *L. 27. §. 7. D. ad SCt. Trebell.* War hingegen die Restitution der Erbschaft ex SCto Pegasiano geschehen, so wurde der Fideicommissar nur als ein legatarius partiarius angesehen, und er konnte daher die fideicommissarische Erbschaftsklage nicht anstellen. *§. 5. I. de fideicomm. hered.* Seitdem aber Justinian *§. 7. I. eod.* diese beyden Senatusconsulte mit einander vereiniget hat, geschieht die Restitution allemal ex SCto Trebelliano. S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. nr. I. not. a.

54) Gegen den Fiduciar wird sie also nie gebraucht, wie auch Ulpian *L. 3. §. 1. D. h. t.* ausdrücklich erinnert.

55) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 584.

56) Z. E. der Fiduciar ist ausgetreten oder vor der Restitution gestorben, ohne Erben zu hinterlassen, in diesen Fällen verord-net

gens die Verbalrestitution von dem Fiduciar selbst, oder erst von dessen Erben, und ob dieselbe dem Fideicommissar, oder dessen Erben geschehen, ist einerley [57]). Es treten auch hier dieselbigen Grundsätze ein, die bey jeder andern Erbschaftsklage gelten [58]). Sie kann auch eine Partikularerbschaftsklage seyn, wenn dem Kläger nur ein Theil der fideicommissarischen Erbschaft zusteht, ja sie ist so gut, wie die possessorische Erbschaftsklage, für eine prätorische Klage zu halten [59]).

net Justinian *L. 7. §. 1. Cod. ad SCt. Trebell.* ut ipso iure utiles actiones transferantur. S. Westphal §. 1709.

57) *L. 3. pr. D. h. t.* Nec interest, mihi quis rogatus fuerit restituere, an ei, cui heres extiti. Et si bonorum possessor sim eius, cui fideicommissaria hereditas relicta est, vel alius successor, per hanc actionem experiri potero.

58) *L. 2. D. h. t.*

59) Anderer Meinung sind zwar *Io. Frid.* BOECKELMANN in Exercitat. ad Pandect. h. t. p. 411. und COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 1. Allein man vergleiche *§. 4. I. de fideicomm. heredit. Princ. I. de perpet. et temp. action.* Der Universal-Fideicommissar ist darin auch einem Bonorum possessori völlig gleich, daß er nur instar et loco heredis ist. *§. 3. I. de fideicomm. heredit. Nov. I. cap. 1. §. 1.* Ueberhaupt findet sich eine große Aehnlichkeit zwischen der Bonorum possessio und hereditas fideicommissaria, wie *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 6. nr. 5. sqq. gezeigt hat. Mit mir stimmen überein *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 189. sq. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS ad *Vinnii* Commentar. Lib. IV. Tit. 12. ad princ. I. de perpet. et temp. action.

Lib. VI. Tit. I.

De rei vindicatione.

---

§. 576.

Begriff und Rechte des Eigenthums, *dominium*, *proprietas* nach der verschiedenen Bedeutung des römischen Rechts.

Nach den Erbschaftsklagen folgen nun die petitorischen Eigenthumsklagen. Diese unterscheiden sich von jenen, wie Ulpian[60]) lehrt, darin, daß sie speciales in rem actiones sind, quibus singulares res petuntur, dahingegen jene eine universitatem iuris zum Gegenstande haben. Es sind jedoch die Eigenthumsklagen von verschiedener Art. Man verfolgt damit entweder das ganze Eigenthum, oder man sucht dadurch nur einen theilweisen Eingriff in das Eigenthum zu verhindern. Das letzte geschieht durch die unten (Lib. VIII. Tit. V.) in der Lehre von Servituten zu erörternde Negatorienklage[61]). In dem ersten Falle hingegen gründet sich der Kläger entweder auf ein ausschließliches oder Miteigenthum, und stellt

60) *L. 1. D. h. t.*

61) Daß die negatorische Klage zu den Eigenthumsklagen zu rechnen sey, und eine aus dem Eigenthumsrechte entspringende Vindication der Freyheit unseres Grundstücks sey, ist sehr gut in den Berichtigungen und Zusätzen zu Höpfners Commentar über die Institutionen des römischen Rechts von Hübner §. 10. S. 127. ff. gezeigt. Man vergleiche auch *Andr. Flor.* RIVINI Diss. Paradoxa circa actionem negatoriam. *Vitemb.* 1746. §. 6.

stellt nach dem Unterschied der Fälle bald die *rei vindicatio*, bald die *actio publiciana*, bald das *iudicium communi dividundo* an [62]). Von den beyden erstern Klagen wird in diesem Buche der Pandecten, von den Theilungsklagen aber erst im 10. Buche gehandelt. Zur deutlichern Erörterung der hier vorkommenden Eigenthumsklagen ist es nöthig, eine allgemeine Theorie vom Eigenthume und dessen Rechten vorauszuschicken [63]).

Was nun zuvörderst den Begriff vom Eigenthum anbetrifft, so sind die Ideen der ältern sowohl als neuern Rechtsgelehrten hierüber sehr verschieden, und es ist nicht zu läugnen, daß es ihnen oft an der gehörigen Präcision fehlt. Herr Hofrath **Majer** [64]) in Tübingen und Herr Prof. **Dabelow** [65]) in Halle haben eine ausführliche Prüfung darüber angestellt, und letzterer hat sich vorzüglich bemühet, den Begriff vom Eigenthum nach dem Geiste der

62) THIBAUT System des Pand. R. 2. B. §. 562. MALBLANC Dig. Tom. II. §. 407.

63) Ueber die Lehre vom Eigenthume sind unter den ältern Rechtsgelehrten *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de dominio acquisito. *Tubingae* 1697. und *Chr.* THOMASII Diss. de dominio eiusque natura, unter den neuern aber Ernst Christ. Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. Leipzig 1788. *Christ. Gottl.* BIENER de natura et indole dominii in territoriis Germaniae. *Halae* 1780. und Joh. Theod. Reinhards Versuch einer syst. Einleitung in die Lehre vom Eigenthumsrechte. Frankf. und Leipzig 1800. besonders zu empfehlen.

64) in Desselben Autonomie. Tübingen 1782. §. 8—15.

65) in Desselben Versuche einer richtigern Theorie der Lehre von den Lehnsschulden. 1. Abth. Kap. 2. u. 3.

der römischen Gesetze richtig aufzufassen, und glaubt durch folgenden Begriff allen Forderungen ein Genüge geleistet zu haben. Eigenthum, sagt er, ist das durch gewisse in den bürgerlichen Gesetzen bestimmte Voraussetzungen und Bedingungen begründete Verhältniß einer Person zu einer Sache, vermöge dessen diese Sache als ihr ausschließlich zugehörig, und von der Zueignung aller übrigen Staatsbürger ausgeschlossen angesehen werden muß, wenn nicht in dem einen oder dem andern von ihnen wieder die Voraussetzungen und Bedingungen existiren, die in jener das Eigenthum möglich machen. Schon längst vorher beklagte sich ein berühmter Pisanischer Rechtslehrer, **Bartholomäus Chesi** [66]), daß ihm keine der gewöhnlichen Definitionen vom Eigenthum gefalle, und bildete sich selbst folgenden Begriff: DOMINIUM, sagt er [67]), sic definiri posse existimo, ut sit *qualitas, qua significamus, ea, quaecunque legitime ad nos pertinent, nostra esse.* Wollte man sich die Mühe geben, diesen Begriff etwas genauer zu analysiren, so würde er mit dem Dabelowschen so ziemlich übereinkommen. Wenigstens statuirt Chesi ebenfalls ein dominium proprietatis, dominium usufructus, und überhaupt ein dominium rerum tam corporalium quam incorporalium. Es ist merkwürdig, die Gründe zu lesen, aus welchen dieser berühmte Rechtslehrer durchaus nicht leiden will, daß man Eigenthum für ein Recht nehme. *Existimo*, sagt er [68]), *dominium non esse ius, sed qualitatem, quae ex iure, quod nostrum est, resultat; nempe, ut,* *quia*

66) Interpretation. iuris Lib. II. cap. 50.

67) a. a. O. nr. 18. pag. 206.

68) a. a. O. nr. 19.

quia ius illud nostrum est, domini dicamur, et dominium eius iuris habere. Non est tamen ius, qui aius iuris esse, esset inutile et absurdum. Si enim semel ius eundi habemus, cur nobis aliud ius dandum est, eius iuris habendi? et si proprietas nostra est, qua ratione novum ius nobis concedendum est, ut proprietatem habeamus? Non est ergo dominium, ut Doctores existimarunt, ius ipsum, quod in rem habemus. Hoc ius, si de re corporali agamus, PROPRIETAS *ipsa est. Si de re incorporali, veluti de servitute, ipsa* SERVITUS *est. Et sic de singulis. Ex eo vero, quod proprietatem habemus, habemus servitutem, dicimus domini proprietatis, servitutis domini, ut hoc ipsum significetur, proprietatem nostram esse, nostram esse servitutem.* Herr Prof. Dabelow[69]) läugnet hingegen nicht, daß Eigenthum auch für ein Recht genommen werden könne, und versteht darunter das unter Voraussetzung des oben genannten Verhältnisses, oder des Eigenthums, als Verhältniß genommen, begründete Recht einer Person an der Sache, zu welcher sie in solchem Verhältnisse steht, alle andere von solcher Zueignung abzuhalten, die ihr Eigenthum aufheben würde, und von allen Befugnissen, die das Eigenthum, als besondere Wirkungen hervorbringt, den möglichsten Gebrauch zu machen. Es ist sonderbar, daß er in seinem neuesten System des Civilrechts[70]) von dieser mühsamen Discussion gar keinen weitern Gebrauch macht, und sogar keine weitere Notiz davon nimmt, sondern, ohne alle Beziehung auf die Not. 65. angeführte Schrift,

69) a. a. O. Kap. 3. S. 42. f.

70) Handbuch des heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechts. Halle 1803. 1. Th. §. 716.

Schrift, Eigenthum, dominium, durch das Recht an eignen Sachen definirt. Eine eigne Sache aber nennt er diejenige, auf deren Substanz man ein ausschließendes Recht in der bürgerlichen Gesellschaft erlangt hat.

Es ist wohl unläugbar, daß nicht jede Eigenheit (proprietas) auch Eigenthum sey, sondern daß Eigenthum und Eigenheit wesentlich und unverkennbar verschieden sind[71]). Eigenheit ist das ausschließende Recht auf eine Sache, vermöge dessen man befugt ist, in eigenem Namen die Zwecke derselben zu bestimmen, so daß die Sache nur Mittel für unsere Zwecke wird. Diese Eigenheit wird in den römischen Gesetzen *dominium* im weitern Sinne genennt, und von jeder Art des dinglichen Rechts gebraucht[72]). In dieser Hinsicht wird jede actio in rem, wie Ulpian[73]) sagt, *Vindicatio* genennt, und eine *actio in rem* ist nach dem Begriff dieses römischen Rechtsgelehrten, eine actio, per quam *rem nostram*, quae ab alio possidetur, petimus[74]). Der Gegenstand dieses iuris

71) Man sehe hier die Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts von Hübner S. 114. f.

72) *L. 8. pr. D. de reb. auct. iudic. possid. L. 3. §. fin. Si usufr. petat. L. 15. §. 8. D. Quod vi aut clam. L. 48. D. de hered. instit. L. 49. D. de acquir. rer. dom.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. IV. nr. 15. GALVANUS de Usufructu cap. 25. seqq. und *Ger.* FELTMANN Tr. de iure in re et ad rem. (*Duisburgi* 1666.) Cap. XI. §. 28. seqq.

73) *L. 25. pr. D. de obligat. et action.*

74) Daher kommt nicht nur eine Vindicatio dominii vor, *L. 11. C. de Usufr.* sondern auch vindicatio servitutis. *L. 9. D. de operis*

juris in re oder der Eigenheit kann nun entweder eine körperliche oder unkörperliche Sache seyn. In jenem Falle entsteht der Begriff von Eigenthum, worunter also die Eigenheit oder das ausschließende Recht an der Substanz einer Sache verstanden wird [75]. Dieses wird nun in den Gesetzen *dominium* im eigentlichen Sinne genennt, und von allen übrigen Arten des dinglichen Rechts unterschieden [76], auch deswegen *dominium corporis* [77], *proprietas* [78] in der engern Bedeutung, und *dominium proprietatis* [79] genennt, obwohl diese letzteren Benennungen eigentlich die technischen Ausdrücke für das nach Abzug des Ususfructus übrig bleibende Recht sind [80].

Ist

operis novi nunciat. vindicatio pignoris. *L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth.* Vindicatio successionis. *L. 4. C. Qui admitt. ad bonor. possess.*

75) Man vergleiche hier A. F. Reinhards Sammlung jurist. philosoph. u. kritischer Aufsätze. 1. Band. 4. Stück. (Bützow und Wismar 1776. 8.) Nr. IV. S. 245. ff.

76) *L. 19. pr. D. de damno inf. L. 13. §. 1. Cod. de iudic. L. 25. pr. D. de Verbor. significat.*

77) *L. 13. §. 1. D. de damno inf.* Sive *corporis dominus*, sive is, qui ius habet (utputa servitutem), de damno infecto caveat; puto eum repromittere debere, non satisdare: quia *suo nomine* id facit, non alieno.

78) *L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom.* Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine: *dominium* mihi, id est, *proprietas* adquiritur. *L. 1. §. 1. D. de SCto Silan.* Domini appellatione continetur, qui habet *proprietatem*, etsi usufructus alienus sit.

79) *L. 5. §. 2. L. 10. L. 20. D. de damno infecto.*

80) *§. ult. I. de Usufr. L. 15. §. ult. D. eodem.*

Ist der Gegenstand des iuris in re eine unkörperliche Sache, so ist es entweder 1) Eigenheit des Rechts der vollkommensten Fruchtnutzung, *dominium usufructus* [81]); oder 2) Eigenheit an der Verlassenschaft eines Verstorbenen, *dominium hereditatis* [82]); oder 3) Eigenheit an gewissen

81) Des dominii usufructus geschieht ausdrücklich Erwähnung *L. 3. D. Si ususfr. petatur*, wo Julian sagt: Qui usumfructum traditum sibi *ex causa fideicommissi* desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si *legitime* eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet. Est enim absurdum, plus iuris habere eos, qui possessionem duntaxat usufructus, non etiam *dominium* adepti sint. Der Unterschied, den hier Julian zwischen possessio und dominium usufructus macht, bezieht sich darauf, daß der Fideicommissar nach dem ältern Rechte kein dominium iuris Quiritium an der ihm hinterlassenen Sache hatte, sondern nur der Billigkeit wegen wie ein Eigenthümer behandelt wurde, wie AVERANIUS Interpretat. iuris Tom. II. Lib. IV. cap. 6. nr. 5. pag. 31. und GALVANUS de Usufructu Cap. XXV. nr. 14. pag. 308. edit. *Tubing.* diese Stelle erklärt haben. Auch dem Usufructuar wird daher die actio publiciana gestattet, *L. 11. §. 1. D. de publiciana in rem act.* welche doch Proprietät voraussetzt. *L. 7. §. 6. D. eodem.* Ja in mehreren Fällen wird der Usufructuar als Eigenthümer behandelt, wie *L. 8. pr. D. de rebus auct. iudic. possid. L. 7. §. 1. D. de Usufr. L. 13. §. 8. D. de damno infecto.* wie auch WESTPHAL de libertate et servitut. praediorum Sect. III. cap. 21. §. 634. Not. 564. pag. 415. bemerkt hat. Ich übergehe andere Beweise, und verweise auf die gründliche Erörterung des GALVANUS de Usufructu cap. XXVII.

82) Daher heißt es *L. 70. §. 1. D. de verb. signif.* Verba haec: *Is, ad quem ea res pertinet*, sic intelliguntur, ut, qui in *universum dominium* vel iure civili, vel iure praetorio succedit, con

wissen bestimmten Vortheilen körperlicher Sachen, *dominium servitutis* [83]); oder 4) Eigenheit an den Besitz der fremden Sache zur Sicherheit einer Forderung, so daß dem Eigenthum selbst ein Ende gemacht werden kann, *dominium possessionis* [84]).

Man

contineatur. *L. 48. pr. D. de heredit. instit.* His verbis: *Titius hereditatis meae dominus esto*, recte institutio fit. Und in dem *§. ult. I. de hered. qualit. et diff.* wird gesagt: *Pro herede gerere* est pro *domino* gerere, veteres enim heredes pro *dominis* appellabant. S. GALVANUS de Usufructu Cap. XXV. nr. V. pag. 284.

83) Es sieht ein jeder von selbst ein, daß eine Servitut nur in soferne ein Recht an einer eignen Sache sey, als der unmittelbare Gegenstand derselben, nicht das Grundstück selbst, sondern seine Nutzbarkeit ist. In dieser Hinsicht wird auch bey Servituten ein dominium in weiterem Sinne des Worts angenommen. *L. 15. §. 8. D. Quod vi aut clam*, wo es heißt: Ergo nonnunquam etiam *dominii* ratio habenda est: utputa si propter hoc opus, quod factum est, servitutes amittantur, aut ususfructus intereat: quod non tantum tunc eveniet, cum quis opus aedificaverit, verum etiam si diruisse opus proponatur, et deteriorem conditionem fecisse, vel servitutum vel ususfructus vel ipsius proprietatis. Die Gesetze gestatten daher auch bey den Servituten die actio publiciana. *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.*

84) *L. 11. D. de damno inf.* sagt von dem creditore, qui pignus accepit, er sey zwar nicht *dominus* pignoris, tamen *suum ius* tuetur. Man nennt diese Eigenheit dominium possessionis. Denn der Schuldner hat dem Gläubiger mit der Detention zugleich das ius possessionis übertragen, welches ihm verbleibt, wenn er gleich das Pfand an den Schuldner wieder vermiethet hätte. Denn der Schuldner verwaltet an seiner eignen Sache fremden Besitz. *L. 37. D. de pign. act.*

Man kann also von keinem dinglichen Rechte, ausser vom Eigenthume, sagen, daß sein unmittelbarer Gegenstand eine körperliche Sache sey. Weder Servituten noch Pfandrecht afficiren die Substanz der fremden Sache unmittelbar, wie auch schon der Sprachgebrauch und die Natur der Sache zu erkennen giebt. Denn Niemand nennt das Pfand oder das dienende Grundstück sein Eigenthum, sondern bekennt, daß die Sache im fremden Eigenthume, d. i. in Hinsicht der Substanz nicht sein eigen sey. Er kann also nur die jenen Rechten entsprechenden Vortheile sein Eigen nennen. Dahingegen leidet es keinen Zweifel, daß fremde Sachen im eigentlichen Sinne mittelbar von allen Rechten der Eigenheit afficirt werden, und daß man seine Eigenheit nicht verfolgen kann, ohne zugleich jene Körper selbst in Anspruch zu nehmen.

Hieraus erklärt sich nun, warum jede dingliche Klage, als eine solche, welche auf Verfolgung der Eigenheit gerichtet ist, und auf Anerkennung derselben wider denjenigen angestellet wird, der dem Kläger dieselbe widerrechtlich vorenthält, *Vindicatio* genennt wird [85]). Da jedoch davon die *Reivindicatio*, das ist, die Vindicatio dominii seu proprietatis rei corporalis et singularis, wie Noodt [86]) sagt, von welcher in diesem Titel gehandelt wird, verschieden ist, so ist es nöthig, nun noch näher zu zeigen, wie sich Eigenthum oder *dominium* in der engern Bedeutung des römischen Rechts, von allen übrigen

85) S. die angef. Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts S. 115. f.

86) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 190.

gen Arten des iuris in re unterscheide, und hier ist Folgendes zu bemerken.

1) Das Eigenthum, wegen dessen die Gesetze die Rei vindicatio, oder dem Miteigenthümer das iudicium communi dividundo geben, ist ein Recht, welches blos **körperliche Sachen** zum unmittelbaren Gegenstande hat. Sie mögen übrigens bewegliche oder unbewegliche, lebendige oder leblose, einzelne oder zusammengesetzte und zu einem gewissen Ganzen vereinigte seyn, wenn sie nur aus einzelnen gleichartigen Körpern bestehen, und keine Universitatem iuris ausmachen. **Ulpian**[87]) sagt daher: Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quae anima carent, et in his; quae solo continentur. — Per hanc autem actionem non solum *singulae res* vindicabuntur, sed posse etiam *gregem* vindicari, POMPONIUS *libro Lectionum* 25. scribit. Idem et de armento, et de equitio, caeterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim *gregem* sufficiet ipsum *nostrum* esse, licet *singula* capita nostra non sint: *grex* enim, non *singula corpora* vindicabuntur. Unkörperliche Dinge sind also kein Gegenstand des Eigenthums und der Reivindicatio, mithin auch keine universitas iuris, z. B. Erbschaft, oder Peculium. **Julian**[88]) sagt vielmehr ausdrücklich: Vindicatio, non ut gregis, ita et *peculii* recepta est, sed *res singulas* is, cui legatum peculium

 est,

87) *L. 1. §. 1. et 3. D. h. t.*

88) *L. 56. D. h. t.*

est, petet [89]), und von dem iudicio communi dividundo sagt Ulpian [90]): Per hoc iudicium *corporalium rerum* fit divisio, quarum rerum *dominium* habemus: non etiam *hereditatis*. Wegen der Erbschaften, Servituten und übrigen dinglichen Rechte sind eigne Klagen bestimmt. Eigenheit an unkörperlichen Dingen, oder dingliche Rechte an fremden Sachen, ferner Ansprüche und Forderungen unterscheiden daher die Gesetze ausdrücklich vom dominio rerum corporalium, und sagen bloß, sie sind in bonis nostris, d. i. sie gehören zu unserm Vermögen. So z. B. sagt Ulpian [91]): *In bonis* autem *nostris* computari sciendum est, non solum, quae *dominii nostri* sunt, sed et si *bona fide* a nobis possideantur, vel *superficiaria* sint. Aeque bonis adnumerabitur, *etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus:* nam haec omnia *in bonis* esse videntur [92]).

2) Das Eigenthum ist ein Recht an der Substanz einer Sache. Die Substanz ist die körperliche Sache an sich, insoweit man sie von dem Nutzen, den man aus der Sache, und durch dieselbe haben kann, unterscheidet [93]). Wer also bloß ein ausschließendes Recht hat,

89) Der Grund dieses Unterschiedes ist der, eine Heerde ist eine universitas corporum uniformium, allein peculium ist ein nomen iuris, also etwas Unkörperliches.

90) *L. 4. pr. D. Communi divid.*

91) *L. 49. D. de Verb. signif.* GOEDDAEUS in Comment. in Tit. Pandect. de Verb. signif. ad h. L. nr. 15. pag. 551. sqq.

92) Man nennt das ausschließende Recht an einer unkörperlichen Sache ein Quasidominium.

93) Daher unterscheidet die *L. 3. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* bey dinglichen Klagen zwischen actio, qua *res* und actio, qua

hat, eine Sache zu nutzen und zu gebrauchen, dabey aber keinen Antheil an der Substanz der Sache hat, ist nicht Eigenthümer der Sache, sondern der ist Eigenthümer, welchem das Recht an der Substanz, oder die Proprietät in dem eigentlichen Sinne dieses Worts zusteht. Jener hat bloß eine Servitut. Daher sagt Paulus[94]: Recte dicimus, eum fundum totum *nostrum* esse, etiam cum usufructus alienus est; quia usufructus non *dominii pars*, sed *servitutis* sit: ut via et iter: nec falso dici, *totum meum* esse, cuius non potest *ulla pars dici alterius esse*. Hoc et *Iulianus*, et est verius. Eben so Ulpian[95]: *Domini* appellatione continetur, qui habet *proprietatem*, d. i. das Recht an der Substanz der Sache, etsi *usufructus* alienus sit. Ja an einem andern Orte[96]) sagt dieser römische Jurist ausdrücklich: fructuarius *dominus* non est.

3) Dieses Recht an der Substanz einer körperlichen Sache, welches man Eigenthum nennt, besteht nun in der unbedingten Befugniß, alle andere Menschen

qua *ius aliquod* postulatur, und versteht unter der erstern die Eigenthumsklage, unter der letztern eine jede andere dingliche Klage, wodurch ein Recht auf eine fremde Sache geltend gemacht wird, wie *Christfr.* WAECHTLER in Diss. de iure in re. (*Wittenbergae* 1682. 12.) pag. 16. diese Stelle ganz richtig erklärt hat.

94) *L. 25. D. de Verb. Signific.*

95) *L. 1. §. 1. D. ad SCtum Silan.*

96) *L. 43. in fin. D. de furtis.* Noch mehrere Beweise hierüber findet man in *Sigism. Frid.* RUMPEL Diss. de usufructuario fructuum domino. *Erfordiae* 1753. §. 8. seqq.

von der Substanz der Sache auszuschließen, und darüber zu selbstnützigen Zwecken nach Willkühr zu schalten. Hierdurch unterscheidet sich also das Eigenthum von allen andern dinglichen Rechten, daß es ein für sich bestehendes, auch ohne alle Einschränkung gedenkbares Recht auf eine körperliche Sache ist [97]). Es läßt sich zwar mit jenem Begriff sehr wohl vereinigen, wenn das Recht des Eigenthümers durch Gesetze oder Willkühr beschränkt wird. Aber eben dadurch charakterisirt sich doch immer sein Recht, daß es in seinem unbedingten Umfange wieder wirksam wird, sobald jene Beschränkungen wegfallen. Daher sagt **Justinian** [98]): Cum autem finitus fuerit totus usufructus, revertitur scilicet ad proprietatem, *et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.* In dieser Hinsicht wird dem Eigenthume, als der Totalität aller Sachenrechte, ein jedes andere ius in re, welches an einer fremden Sache ausgeübt wird, entgegengesetzt [99]).

4) Wer ein ausschließendes Recht an der Substanz einer Sache hat, hat zwar nothwendig auch ein eben solches

97) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten. (Berlin 1805. 8.) §. 26. u. §. 37.

98) §. 4. *I. de Usufructu.* THIBAUT System des Pandectenrechts. 2. B. §. 558.

99) So z. E. sagt CAJUS *L. 30. D. de noxal. act.* In noxalibus actionibus eorum, qui bona fide absunt, ius non corrumpitur, sed reversis defendendi ex aequo et bono potestas datur, *sive domini sint*, sive *aliquod in ea re ius habeant*, qualis est creditor et fructuarius. Eben so *L. 19. pr. D. de damno inf.* S. WAECHTLER cit. Diss. pag. 17.

ches ausschließendes Recht an dem Gebrauche der Sache. Er kann daher allen und jeden Nutzen aus der Sache ziehen, ihm gehören die Früchte der Sache, und keinem Andern, als ihm, kann auch, ohne seinen Willen, ein Recht zukommen, die Sache zu besitzen. Allein demungeachtet ist doch das Recht, die Sache zu nutzen, zu gebrauchen und zu besitzen, nur eine Folge des Eigenthums, gehört aber nicht zum Wesen desselben. Denn dieses besteht blos in dem ausschließenden Rechte an der Substanz der Sache, welches die Gesetze *proprietatem* im eigentlichen Verstande nennen. Das Eigenthum, oder *dominium* im eigentlichen Sinne bleibt also in seinem Wesen unverändert, wenn auch der Nießbrauch und Besitz davon abgesondert sind [100]. Endlich

5) ist noch zu bemerken, daß sich das Eigenthum, in Rücksicht seines Umfanges, nicht blos auf die Substanz der Hauptsache, sondern auch auf die Accessionen und Pertinenzen, welche um der Hauptsache willen da sind, oder sonst schon von Natur mit der Hauptsache in Verbindung stehen, erstreckt. So gehört z. B. zu einem Grundstücke nicht nur die über demselben befindliche Luftsäule als Nebentheil [1]; sondern es ist auch nach gemeinem Rechte zu demselben alles zu rechnen, was in umgekehrter Richtung unter

100) Paulus bestätigt diese Wahrheit in der oben angeführten *L. 25. pr. D. de Verb. signif.* wenn er sagt: Recte dicimus, eum fundum *totum nostrum* esse, etiam *cum usufructus alienus est.*

1) *L. 1. in fin. D. de servitut. praed. urb. L. ult. §. 4. D. Quod vi aut clam.* WESTPHAL de libertate et servitut. praedior. §. 33.

unter der Erdfläche liegt, als Metalle, Steine, Thon, u. dgl. [2]).

Soviel hiernächst die in dem Eigenthume enthaltenen Rechte anbetrifft, so lassen sich diese ganz füglich auf zwey Hauptclassen reduciren. Es sind nämlich entweder Nutzungs- oder Proprietätsrechte. Letztere sind von allem Besitz unabhängig. Erstere hingegen enthalten

a) das Recht, die Sache zu besitzen. Denn der Besitz ist die subjective Bedingung der Möglichkeit des Gebrauchs einer Sache, und zwar ist der Besitz des Eigenthümers ein Civilbesitz, zum Unterschiede von dem natürlichen Besitze eines Nichteigenthümers.

b) Das Recht, die Sache zu gebrauchen, das ist, alle Handlungen mit der Sache vorzunehmen, zu welchen man als Besitzer derselben befugt ist. Dieses Gebrauchsrecht des Eigenthümers begreift daher 1) das Recht des Fruchtgenußes (*Ususfructus*) in sich, wohin man auch das Recht, sich der Mineralien und Gewässer seines Grundstücks zu bedienen, und daher Brunnen zu graben, wenn gleich dadurch dem Nachbar das Wasser in seinem Eigenthume entzogen würde, ferner Steinbrüche und Erzgruben zu eröffnen, auch Mühlen anzulegen, rechnen kann [3]). 2) Das Recht des sonstigen Gebrauchs, welcher ohne den Frucht-

2) *L. 7. §. 13. et 14. L. 8. D. Soluto matrim. L. 9. §. 2. et 3. L. 13. §. 5. D. de Usufr.*

3) *L. 24. §. ult. D. de damno inf. L. 1. §. 11. 12. et 21. D. de aqua pluv. L. 13. §. 5. D. de Usufr.* WESTPHAL de libertate et servitut. praedior. §. 5. et 6. THIBAUT System des Pandect. Rechts. 2. B. §. 560.

Fruchtgenuß gemacht werden kann (*Usus*), und einem Jedem von seinem Eigenthum zu machen frey steht, wie er will, sofern nur nicht das Eigenthum des Andern dadurch verletzt wird, wie z. B. durch Verbreitung eines übermäßigen Rauchs [4]. Man nennt dieses Gebrauchsrecht des Eigenthümers *usumfructum causalem*, und dieses ist ausgedehnter, als das einem Nichteigenthümer oft zustehende Nießbrauchsrecht, welches man den *usumfructum formalem* zu nennen pflegt [5]. Denn der Eigenthümer darf seine Sache auch verbrauchen [6] (*abuti*), d. i. er darf sie so behandeln, daß sie dadurch ganz verdorben, oder doch verschlimmert wird, wenn nur nicht der Staat [7], oder das Recht eines Andern darunter leidet [8]. Uebrigens gehören die

4) *L. 8. §. 5. et 6. D. Si servitus vindicet.*

5) Ueber die Eintheilung des Ususfructus in *causalem* et *formalem* vergleiche man GALVANUS de Usufructu cap. 2. Gesetzlich sind diese Ausdrücke nicht. Die Gesetze nennen das Nutzungsrecht des Eigenthümers usumfructum, qui proprietatem comitatur. *L. 126. §. 1. D. de Verb. oblig.* Hingegen das Nutzungsrecht an einer fremden Sache, *Usumfructum* im eigentlichen Sinne. *L. 1. D. de Usufr. Princ. I. eodem.* Andere substituiren dafür die Benennungen usufructus *coniunctus* und *separatus.*

6) *L. 25. §. 11. D. de heredit. petit.*

7) *§. 2. I. de his qui sui vel alieni iur. sunt.* Expedit Reipublicae, ne quis re sua male utatur.

8) Daher das Recht von dem Eigenthümer eines baufälligen Gebäudes die cautio damni infecti zu fordern, und, wenn diese nicht gefordert worden, sich an die Ruinen zu halten. *L. 6. D. de damno inf.* Hierher gehört ferner, wenn es *L. 13. D. Si Servit. vindic.* heißt: Fistulas, quibus aquam duco in via publica, habeo, et hae ruptae inundant parietem tuum, puto, poss=

die Nutzungsrechte nicht zu den wesentlichen Bestandtheilen des Eigenthums, sondern ad naturalia dominii, welche zwar in der Regel mit dem Eigenthume verbunden sind, und auch im Zweifel vermuthet werden [9]), aber doch auch davon abgesondert seyn können [10]).

Der Inbegriff der nach Abzug der Nutzungsrechte vom Eigenthume übrig bleibenden Befugnisse bestimmt nun den Begriff der Proprietätsrechte [11]). Zu diesen gehört

1) das Dispositionsrecht, oder die Befugniß, über die Substanz der Sache nach Willkühr zu schalten. Vermöge desselben kann daher der Eigenthümer auf seinem Grunde und Boden nach Gefallen bauen, wenn gleich noch nie ein Gebäude da gewesen wäre [12]). Nur müssen die gesetz-

posse te mecum recte agere. WESTPHAL c. l. §. 9. et 10. et §. 36.

9) Daher sagt Papinian *L. 66. §. 6. D. de legat. II.* Fundo legato, si usufructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede. (d. i. der Legatar, dem das Grundstück vermacht ist, von welchem einem Dritten der Nießbrauch zusteht, kann dennoch von dem Erben verlangen, daß ihm dieser auch den Nießbrauch verschaffe.) Ususfructus enim, etsi *in iure*, non *in parte* consistit, *emolumentum* tamen *rei* continet. (d. i. wenn gleich der Ususfructus nur wie eine Servitut anzusehen ist, und keinen wesentlichen Bestandtheil des vermachten Fundus ausmacht, so gehört er doch zu den eigenthümlichen Nutzungsrechten, die der Legatar mit Recht verlangen kann.) S. Westphals syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. §. 815.

10) S. GALVANUS c. l. cap. 2. nr. VII. pag. 11. seqq.

11) S. THIBAUT System 2. B. §. 560. et 561.

12) *L. 14. D. de Servit. praed. urban.*

gesetzlichen Zwischenräume offen bleiben [13]). Er kann auch, wo Statuten nicht entgegenstehen, ein Gebäude höher aufführen, wenn gleich dadurch dem Nachbar die Aussicht und das Licht in seinem Gebäude benommen würde [14]). Kann neue Fenster in seiner Wand anlegen [15]), sein Grundstück einhägen und umzäunen, welches jedoch in Friedenszeiten nicht bis zu einer militärischen Befestigung ausgedehnt werden darf [16]). Kann ferner alles unternehmen, was zur Cultur, Reparatur und Reinigung seines Grundstücks erforderlich ist, wenn gleich dem Nachbar daraus einiger Nachtheil erwüchse [17]). Es muß nur nicht blos in der arglistigen Absicht geschehen, den Andern zu necken und zu ärgern [18]). Er braucht auch nicht zu leiden,

13) Die angeführte *L. 14.* sagt: intermiſſo legitimo ſpatio a vicina inſula. Ein solches Spatium hieß *ambitus inſulae.* Worin dieses bestanden, lehrt uns SEXTUS POMPEIUS de Verbor. priscor. ſignificat. Lib. I. wo er sagt: *Ambitum inſulae* appellari locum duorum et ſemipedis ad circumeundi facultatem relictum, quod ſpatium etiam *pes ſeſtertius* dicitur. Allein dies ist durch neuere Gesetze abgeändert worden. *L. 9. L. 12. §. 2. et 4. Cod. de aedif. privat.* S. WESTPHAL de libert. et ſervit. praed. pag. 13. et 97. besonders aber BRISSONII Select. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 2.

14) *L. 9. D. de Serv. praed. urb. L. 8. et 9. C. de Servitut.*

15) *L. 8. §. 5. D. Si ſervit. vind.* DONELLUS in Comm. iur. civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 530.

16) *L. 10. C. de aedif. priv.* WESTPHAL de libert. et ſervit. praedior. §. 23.

17) *L. 7. §. 7. D. Quod vi aut clam. L. 1. §. 13. D. de novi oper. nunciat. L. 2. §. 2. D. de aqua pluv.*

18) Argum. *L. 3. D. de aedif. priv.* S. WESTPHAL c. l. §. 4. not. 3. THIBAUT System des P. R. 1. B. §. 56.

leiden, daß ein Anderer auf sein Grundstück komme, um darüber zu gehen, oder zu fahren, wenn auch dem Eigenthümer nicht der geringste Schade daraus entstünde [19]); es müßte denn etwa der gemeine oder öffentliche Weg gar nicht mehr zu passiren seyn [20]). Er kann auch verbieten, daß Niemand auf seinem Eigenthume jage [21]), noch sich sonst gegen seinen Willen einige Vortheile anmaße [22]). Auf diesen freyen Gebrauch des in dem Eigenthume liegenden Verfügungsrechts bezieht sich die *libertas praediorum*, worunter also diejenige Eigenschaft einer Sache verstanden wird, vermöge welcher der Eigenthümer derselben in der Ausübung seines durch die Regeln des gemeinen Rechts bestimmten Verfügungsrechtes sich vollkommen selbst bestimmen kann [23]).

2) Das Veräußerungsrecht. Vermöge desselben kann der Eigenthümer seine Sache sowohl derelinquiren, oder herrnlos machen, als auch einem Andern übertragen, und zwar entweder schon bey seinen Lebzeiten (inter vivos), durch einen dazu geeigenschafteten Titel, vergeltlich oder unentgeldlich, (durch Schenkung), oder

19) *L. 11. C. de Servitut. L. 22. §. 3. D. Quod vi.*

20) *L. 14. §. 1. D. Quemadm. servitut. amitt.* Cum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est: *vicinus proximus viam praestare debet.*

21) *L. 16. D. de Servitut. praed. rustic. L. 13. §. ult. D. de iniur. L. 3. pr. et §. 1. D. de acquir. rer. dom.*

22) *L. 4. C. de Serviut. L. 10. C. eodem.*

23) S. die Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts §. 10. S. 129. Not. 79. und WESTPHAL de libertate praediorum Sect. I. cap. 1.

oder nach seinem Tode vermöge einer letzten Willensverordnung. Das Wort Veräußerung (alienatio) bezeichnet jedoch im juristischen Sinne nicht blos die Uebertragung des ganzen Eigenthums auf einen Andern, sondern überhaupt jede gänzliche oder theilweise, bedingte oder unbedingte Aufgebung oder Uebertragung, mithin ist auch darunter die Bestellung eines Pfandrechtes, Einräumung eines Nutznießungsrechts, einer Servitut, eines emphyteutischen Rechts u. dgl. begriffen [24]. Dieser juristische Sprachgebrauch muß auch als Regel so lange gelten, bis nicht in einem oder dem andern Falle eine besondere Ausnahme gemacht ist, besonders wenn Gesetze, Testamente, oder Verträge dem Eigenthümer die Veräußerung untersagen [25]).

3) Das Vindicationsrecht, vermöge welchen der Eigenthümer die Proprietät gegen jeden verfolgen kann, der sich dieselbe anmaßen will, und ihm sein Eigenthum streitig macht. Dieses Vindicationsrecht steht dem Eigenthümer zu, das Eigenthum mag iure gentium oder iure civili erworben worden seyn [26]). Es schließt aber auch die Befugniß in sich, sich durch eine Einrede (*exceptio dominii* oder exceptio: *Si ea res possessoris non sit*) [27]) in dem Besitz der Proprietät zu schützen.

§. 577.

24) *L. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.* THIBAUT System des P.R. 2.B. §. 561.

25) S. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen rc. §. 325.

26) *L. 23. pr. D. h. t.*

27) *L. 16. et 17. D. de public. in rem act.*

§. 577.

Eintheilungen des Eigenthums.

Das Eigenthum kann auf verschiedene Art eingetheilt werden.

1) Sieht man auf die Erwerbungsart, so ist es entweder ein wahres oder rechtlich fingirtes Eigenthum. Ist nämlich das Eigenthum durch eine gesetzlich gebilligte Erwerbungsart, es sey nun iure gentium oder iure civili, wirklich acquirirt worden, so wird es ein wahres Eigenthum (*dominium verum*) genennt. Ein solches Eigenthum hingegen, was eigentlich nach der Strenge des Rechts nicht existirt, sondern von dem Prätor der Billigkeit wegen unter gewissen Umständen in seinem Edict vermöge einer Fiction angenommen wird, nennt man ein *fictum dominium*. Ein solches liegt bey der publicianischen Klage zum Grunde, bey welcher der Prätor die Fiction annahm, als ob derjenige, welcher unter allen Umständen der Usucapion eine Sache an sich gebracht, den Besitz derselben aber noch vor Vollendung derselben wieder verlohren hat, die Sache usucapirt habe. Justinian [28]) sagt: Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, (veluti ex causa emtionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) et nec dum *eius rei dominus* effectus est; si eius rei possessionem casu amiserit: nullam habet in rem *directam actionem* ad eam persequendam. Quippe ita proditae sunt *iure civili* actiones, ut *quis dominium suum vindicet*. Sed quia sane durum erat, eo

28) §. 4. *I. de actionib.* S. VINNIUS in Comm. ad h. §. nr. 6. et 7.

eo casu deficere actionem: inventa est a Praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, *eam rem se usucepisse, quam usu non cepit*, et ita *vindicet suam esse*. Quae actio *Publiciana* appellatur, quoniam primum a *Publicio* Praetore in Edicto proposita est. Auf eben diesen Grund ist die rescissorische Klage gebauet, von welcher ebenfalls Justinian [29]) sagt: Rursus ex diverso, si quisquam reipublicae causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem eius, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicae causa abesse desierit, tunc intra annum, rescissa usucapione, eam petere; id est, ita petere, ut dicat, *possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse*. Man kann ein solches fingirtes Eigenthum füglich auch ein prätorisches nennen. Der Unterschied zwischen diesem und dem wahren Eigenthume besteht darin, daß zwar ersteres in den mehresten Verhältnissen dem letztern ganz gleich behandelt wird [30]), aber doch im Collisionsfalle dem vorzüglichern Rechte des wahren Eigenthümers nachstehen muß.

29) *§. 5. I. eodem.* VINNIUS in Comm. ad h. §. nr. 6.

30) *L. 136. D. de Reg. iuris* sagt: *Bona fides* tantundem possidenti praestat, quantum *veritas*, quotiens lex impedimento non est; und sehr treffend ist die Erklärung, die VOET in Comm. ad Dig. Lib. VI. T. 2. §. 2. von dem Worte *veritas* macht, wenn er sagt: *Veritatem* ibidem pro *vero dominio* positam esse, ad oppositionem *dominii ficti* et iuris possidendi, ex bona fide iustoque titulo profluentis. Worauf sich das *quoties lex impedimento non est*, bezieht, erklärt *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. in Tit. Dig. de div. reg. iur. pag. 574. Man vergleiche *L. 1. §. 2. D. de SCto Silan. L. 1. §. 1. D. de servo corrupto. L. 2. §. 1. D. de religios. L. 13. §. 9. D. de damno inf.*

muß. Hierauf bezieht sich, wenn **Paulus** [31]) sagt: *Bonae fidei emtor* non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re *suos interim facit*, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed *omnes*; quia, quod ad fructus attinet, *loco domini pene est*. Denique etiam, priusquam percipiat, statim, ubi a solo separati sunt, *bonae fidei emtoris fiunt*. Hingegen sagt auch **Neratius** [32]): *Publiciana actio* non ideo comparata est, *ut res domino auferatur* (eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio: *si ea res possessoris non sit*); sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ex ea causa nactus est, potius rem habeat. Ferner die Klage, die dem wahren Eigenthümer zusteht, ist, wie **Justinian** [33]) sagt, eine *actio in rem directa*, hingegen die aus dem erdichteten Eigenthum entspringende Klage ist nur eine actio utilis [34]).

Bey dieser Gelegenheit muß ich noch einer Eintheilung des ältern römischen Rechts gedenken, nach welchem das Eigenthum in das natürliche (dominium *naturale*, s. *bonitarium*) und in das bürgerliche (dominium *civile*, *legitimum*, oder *quiritarium*) eingetheilt wurde. **Justinian** hat zwar diese Eintheilung in der *L. un. Cod. de nudo iure Quiritium tollendo* aufgehoben; da sie indessen für das alte römische Recht so äusserst wichtig ist, daß sich ohne

31) *L. 48. D. de acquir. rer. dominio.*

32) *L. 17. D. de public. in rem act.*

33) *§. 4. I. de actionib.*

34) *L. 5. Cod. Quib. ex caus. maior.* VINNIUS in Comm. ad §. 4. I. de action. nr. 5.

ohne dieselbe manche Lehren gar nicht erklären lassen, so darf sie mit Stillschweigen nicht übergangen werden. Die Ideen der Rechtsgelehrten über diese Eintheilung laufen sehr durch einander, weil uns die Fragmente der römischen Rechtsgelehrten zu wenig Aufschluß darüber geben. Was wir davon wissen, verdanken wir den Nachrichten des **Ulpians** [35]) und **Theophilus** [36]). Ich will zuvörderst die Erklärungen einiger der vornehmsten Rechtsgelehrten vortragen, und nachher meine Meinung hinzufügen.

Galvanus [37]) glaubt, dominium *bonitarium* habe dasjenige Eigenthum geheißen, welches modo mere naturali,

35) Ulpian in *Fragm.* Tit. I. §. 16. sagt: Qui tantum *in bonis*, non etiam *ex iure Quiritium* servum habet, manumittendo Latinum facit. *In bonis* tantum alicuius servus est, velut hoc modo; si civis Romanus a cive Romano servum emerit, isque traditus ei sit, neque tamen mancipatus ei, neque in iure cessus, neque ab ipso anno possessus sit: nam quamdiu horum quid fiat, is servus *in bonis* quidem emtoris est, *ex iure Quiritium* autem venditoris est.

36) THEOPHILUS in Paraphrasi graeca Institution. Lib. I. Tit. 5. §. 4. sagt: Est apud Romanos *legitimum dominium* et *naturale dominium*. Ac NATURALE (φυσικὴ δεσποτεία) dicitur *in bonis* et *dominus bonitarius*: LEGITIMUM (ἔννομος δεσποτεία) vero dicitur *iure Quiritium*, id est Romanorum. Quirites enim dicebantur Romani a Romulo, ex quo originem habuerunt; et dominus iure Quiritario. Sed si quis utrumque habebat dominium, dicebatur *pleno iure dominus*, utpote ambo habens, *legitimum* et *naturale*.

37) de Usufructu cap. 25. nr. III. pag. 275. seqq. Eben diese Vorstellungsart hatte auch schon *Franc.* BALDUINUS in Catechesi iuris Cap. III. §. 2. pag. 59. (edit. a *Henne*. Erf. 1747. 8.)

rali, also durch eine natürliche Erwerbungsart, ohne alle feyerliche Gebräuche, erworben wurde, z. B. durch Occupation, Tradition u. dgl. daher werde es ein dominium *iuris naturalis* genennt. *Quiritarium* hingegen sey dasjenige Eigenthum genennt worden, welches nur modo et solennitate civili adhibita erworben wurde, als durch Mancipation, cessio in iure, usucapio u. dgl. daher heiße es ein dominium *iuris civilis.* Wer ein solches hatte, konnte durch Usucapion noch das dominium quiritarium erwerben, und zwar titulo *pro suo* [38]); übrigens habe die rei

unter den neuern POTHIER in Pandect. Iustinian. T. III. Tit. de acquir. rer. dom. pag. 99.

38) Hierauf, glaubt er, beziehe sich die *L. 2. D. pro suo*, wo Paulus sagt: Est species possessionis, quae vocatur *pro suo:* hoc enim modo possidemus omnia, quae mari, terra, coelo capimus: aut quae alluvione fluminum nostra fiunt: item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus; velut partum hereditariae aut emtae ancillae pro nostro possidemus: similiter fructus rei emtae, aut donatae, aut quae in hereditate inventa est. Nach dem, was Paulus hierbey gedacht habe, müsse man diese Stelle so verstehen, daß man alles, was man naturaliter acquirirt hat, pro suo besitze, um an solchen Sachen, daran man nur ein dominium bonitarium et naturale habe, durch Usucapion noch ein römisches Eigenthum erwerben zu können. Diese Erklärung ergebe sich daraus, weil Paulus *lib. 54. ad Edictum* die verschiedenen Titel der Usucapion erklärt habe, wie aus der Vergleichung der *L. 2. D. pro emt. L. 1. D. pro donat. L. 2. D. pro derelicto. L. 2. et 4. D. pro legato* und *L. 2. D. pro dote* erhelle. Heutiges Tages müsse man freylich diese Stelle nach dem Sinne, den Justinian damit verbunden, ganz anders verstehen; denn da dieser dem ehemaligen dominio bonitario alle Wirkungen eines vollkommenen bür-

rei vindicatio bey beyden Arten des Eigenthums Statt gehabt, nur mit dem Unterschiede, daß der dominus quiritarius sich allein der Formel bedienen können: *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, dahingegen der dominus bonitarius sein Eigenthum nicht ex iure Quiritium, sondern blos mit der Formel verfolgen konnte: *Hanc rem meam esse aio.*

Franz Carl Conradi[39]) ist insoweit mit Galvanus einverstanden, daß natürliche Erwerbungsarten nur das natürliche Eigenthum, die bürgerlichen Erwerbungsarten

bürgerlichen Eigenthums beygelegt habe, so bedürfe es keiner usucapio pro suo mehr. Allein wenn gleich der Fall in dem Röm. Rechte gar nicht selten ist, daß man Stellen anders ex sensu *Iureconsulti* und anders ex sensu *Iustiniani* erklären muß, wovon ich an einem andern Orte dieses Commentars (1. Th. §. 35. S. 231.) gehandelt habe; so ist doch dies bey der *L.* 2. *cit.* gewiß der Fall nicht. Paulus handelt *Lib.* 54. *ad Edictum* nicht blos von der Usucapion, sondern auch von den verschiedenen Gattungen des Besitzes, wie aus der *L.* 3. §. 21. *D. de acquir. vel amitt. poss.* erhellet, wo er auch der possessionis pro suo gedenkt, welche er *L.* 2. *cit.* noch vollständiger erklärt hat. Daß er hier blos vom Besitz handelt, ergiebt sich aus den Worten: Est *species possessionis*, quae vocatur *pro suo*. Nun ist die causa possessionis und usucapionis sehr verschieden, *L.* 2. §. 1. *D. pro emt.* und *pro suo* besitzt auch der Eigenthümer. *L.* 1. §. 1. *D. pro suo*. Es ist also ganz falsch, wenn Galvanus behauptet, Paulus habe in Beziehung auf Usucapion vom titulo pro suo gehandelt, um mittelst desselben an Sachen, die man modo naturali acquirirt habe, ein dominium ex iure Quiritium zu erwerben.

39) De veris mancipi et nec mancipi rerum differentiis liber singularis. *Helmst.* 1739. Cap. IV. sqq.

aber das römische Eigenthum gewirkt hätten, er nimmt auch den in Absicht auf die Vindicationsklage angegebenen Unterschied an. Allein er tadelt den Galvanus darin, daß er auf den Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi keine Rücksicht genommen habe. Denn *dominium quiritarium* sey dasjenige Eigenthum genennt worden, was nur bey rebus mancipi Statt gehabt habe, wenn solche von römischen Bürgern modo civili waren erworben worden; *bonitarium* oder *naturale* hingegen dasjenige, welches jeder, er sey Bürger oder Nichtbürger, an einer res nec mancipi nach dem iure gentium erwarb. Den Unterschied zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* aber setzt er darin, daß erstere nicht anders als durch gewisse feyerliche Gebräuche gänzlich veräußert werden konnten, weil sie in den ältesten Zeiten der Römer zu dem kostbarsten Vermögen derselben gehörten, z. E. Sclaven, Zug- und Lastthiere, praedia soli italici u. dgl. dahingegen res *nec mancipi* auch ohne feyerliche Gebräuche gänzlich veräußert wurden.

Joh. Hartwich Reuter [40]) schränkt sogar die ganze Eintheilung blos auf res mancipi ein, er glaubt, bey den rebus nec mancipi habe kein dominium Statt gehabt, weder bonitarium noch quiritarium. Wenn nun eine res mancipi bey den Römern veräußert worden, so wäre die Uebertragung entweder modo civili geschehen, oder nicht. In jenem Falle wäre das Eigenthum ein dominium *quiritarium*, in dem andern aber *bonitarium* gewesen.

40) Progr. in quo aenigma, quod Imperatori L. un. C. de nudo iure Quirit. toll. visum, in dominio quiritario ac bonitario solvitur. *Halae* 1748.

wesen. Er erfordert also zu einem römischen Eigenthum 1) eine res mancipi, und 2) eine bürgerliche Erwerbungsart. Natürlich müßten aber auch 3) sowohl der Veräusserer, als der Erwerber römische Bürger seyn. Ein blos natürliches Eigenthum hingegen sey entstanden, wenn die Veräußerung einer res mancipi entweder nicht von einem Bürger an einen Bürger, oder nicht durch eine bürgerliche Erwerbungsart geschahe.

Alle diese Ideen scheinen mir jedoch unrichtig zu seyn. Denn

1) konnte ohne allen Zweifel auch durch eine natürliche Erwerbungsart ein römisches Eigenthum erworben werden, ohne daß eine Usucapion weiter erforderlich war, wie auch schon **Carl Ferd. Hommel**[41]) gegen **Conradi** erinnert hat. **Cajus**[42]) bestätiget dieses von der Occupation, wenn er sagt: Item, quae ex hostibus capiuntur, *iure gentium* STATIM *capientium fiunt.* Eben so **Florentinus**[43]): Item lapilli, gemmae, caeteraque, quae in littore invenimus, *iure naturali* STATIM *nostra*

 fiunt;

41) Conjecturae de origine divisionis rerum in mancipi et nec mancipi. *Lipsiae* 1744. §. 13. Man sehe auch *Ge. Sam.* MADIHN Institut. iuris civ. *Halae* 1764. §. 186.

42) *L. 5. §. fin. D. de acquir. rer. dom.* Eben dieses bestärken mehrere Stellen bey DIONYS. HALICARN. Antiquit. Rom. als Lib. VI. pag. 366. edit. *Sylb.* wo es heißt: *Iustum videri Romanis, ut quae quis virtute acquisivit ex hostibus, ea ad posteros, ut res proprias, transmittat*; und eod. lib. pag. 369. *Romanis honestissime acquisita videri, quae legitimi belli iure parta sint.*

43) *L. 3. D. de rer. divis. §. 18. I. eodem.*

fiunt; und Ulpian [44]): Si res pro derelicto habita sit, STATIM *nostra* esse *desinit*, et *occupantis* STATIM fit. Eben dieser Ulpian [45]) sagt von der Tradition, daß sie bey den rebus nec mancipi die eigene Wirkung gehabt habe, das bürgerliche Eigenthum dadurch zu erwerben [46]). Mit Recht lehrt daher Paulus [47]), die Reivindicatio, welche doch immer ein römisches Eigenthum voraussetzte, finde ohne Unterschied Statt, man habe das Eigenthum iure gentium, oder iure civili erworben.

2) Alle

44) *L. 1. D. pro derel.*

45) *Fragm.* Tit. XIX. §. 7.

46) Was die accessio für ein Eigenthum gewirkt habe, läßt sich leicht aus der Natur dieser Erwerbart bestimmen. Sie gab nämlich ganz dasselbe Recht, welches man an der Hauptsache schon vorher gehabt hatte, sey dieses nun römisches oder natürliches Eigenthum gewesen. Insoweit hat also CONRADI cit. lib. Cap. VI. §. 4. ganz recht, wenn er sagt: *Res accessoria non poterat non eodem iure esse, quo res principalis, cuius pars erat.*

47) *L. 23. pr. D. de Rei vind.* Paulus leitet sogar den Ursprung des dominii von der occupatione iuris gentium her, wenn er *L. 1. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss.* sagt: Dominiumque rerum ex naturali possessione caepisse, *Nerva* filius ait: eiusque rei vestigium remanere de his, quae terra, mari, coeloque capiuntur; *nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint.* Item bello capta et insula in mari enata, et gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae, *eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est?* Wer sollte glauben, daß wegen eines solchen Eigenthums keine Rei vindicatio Statt gehabt habe? Die meisten Rechtsgelehrten weichen jedoch hier ab. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 81. und Desselben Lehrbuch des classischen Pandectenrechts §. 165.

2) Alle Sachen, welche ein römischer Bürger besaß, und welche nicht namentlich ausgenommen waren, konnten in dominio quiritario seyn, wenn dieselben nur auf eine in den Rechten verordnete Art waren erlangt worden, mithin auch res nec mancipi [48]). Dies beweißt eine deutliche Stelle bey Ulpian [49]), welcher sagt: Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore *ex iure Quiritium* testatoris fuerunt, mortis, et quando testamentum faciebat: praeterquam *si pondere, mensura, numero contineantur*: in his enim satis est, si vel mortis duntaxat tempore fuerint *ex iure Quiritium*. Fungible Sachen gehörten doch gewiß nicht zu den rebus mancipi, wenn man sie mit der Beschreibung vergleicht, die Ulpian an einem andern Orte [50]) davon macht. Nur

 fundi

48) Dies zeigte zuerst Trekell gegen Conradi in der Recension von des letztern Schrift de veris mancipi et nec mancipi rerum differentiis, welche in Hugo's civilistischen Magazin 2. Band S. 57. ff. abgedruckt ist; besonders vergleiche man S. 61. f. Eben diese Wahrheit entdeckte auch Hr. Prof. Hugo selbst. Man sehe Desselben Lehrbuch und Chrestomathie des classischen Pandectenrechts 1. Band. §. 154. ff. ferner Desselben Anmerkungen zu Gibbon's historischer Uebersicht S. 116. und Dessen Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 74.

49) *Fragm.* Tit. XXIV. §. 7. in SCHULTING *Iurispr. Antejust.* pag. 651.

50) *Fragm.* Tit. XIX. §. 1. in SCHULTING Iurispr. cit. pag. 619. *Mancipi res* sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus. Item iura praediorum rusticorum: velut via, iter, actus, et aquae ductus. Item servi et quadrupedes, quae dorso, collove domantur, velut

fundi provinciales waren ausgenommen. An diesen konnte niemals das dominium quiritarium erlangt werden.

velut boves, muli, equi, asini: caeterae res *nec mancipi* sunt. Man sieht hieraus, daß die Römer zu den rebus mancipi solche Sachen zählten, die 1) auch schon in ihrer Einheit sehr kostbar, 2) leicht und lange wieder erkennbar sind, und zugleich 3) eine unmittelbare Beziehung auf den Ackerbau hatten. Denn Ackerbau war die eigentliche Nationalbeschäfftigung der Römer, das einzige Gewerbe, welches man ursprünglich des freyen Römers würdig hielt. Man sehe COLUMELLA lib. VI. praefat. Nur bey diesen Dingen war es vernünftig, das Vindicationsrecht zu erschweren, und der Mühe werth, durch Herbeyrufung von Zeugen die Veräußerung publik zu machen, damit kein Dritter von dem, welcher kundbar aufgehört hatte, Eigenthümer zu seyn, mehr betrogen werden könnte. Daher sagt BOETHIUS in *Topica Ciceron.* lib. 3. *Mancipi res* veteres appellabant, quae ita abalienabantur, ut ea alienatio per quandam nexus fieret solennitatem. Was *Nexus* heißt, beschreibt FESTUS, wenn er sagt: *Nexum* est, quodcunque per aes et libram geritur. Die diesen Sachen eigene Feyerlichkeit der Veräußerung, welche man Mancipation nannte, beschreibt ULPIANUS in *Fragm.* Tit. XIX. §. 3. *Mancipatio* propria species alienationis est rerum mancipi: eaque fit certis verbis, libripende et quinque testibus praesentibus. Noch vollständiger aber BOETHIUS in *Top. Cic.* III. Est autem *mancipatio* — imaginaria quaedam venditio, quod ipsum ius proprium Romanorum est civium: eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus, Romanis civibus, puberibus, et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur *libripens*. Is, qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio: isque mihi emtus est hoc aere, aeneaque libra.* Deinde aere percutit libram, indeque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. Man s. *Barn.* BRISSONII Select. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 7.

den. Denn es waren Grundstücke, woran sich das römische Volk bey Eroberung der Provinzen, ausser dem Grundzins, auch das Obereigenthum vorbehalten hatte [51]). Das römische Volk hatte daher an diesen Grundstücken das nudum ius quiritium, daher konnten die Besitzer das Eigen-

cap. 7. Die Ideen anderer Rechtsgelehrten, welche bey den rebus mancipi nach BYNCKERSHOEK in Opusc. de rebus mancipi et nec mancipi (in *Opuscul. Lugduni Batav.* 1719. 4. Nr. 2.) blos auf Kostbarkeit, oder nach *Andr. El.* ROSSMANN in Diss. de rebus mancipi et nec mancipi. *Halae* 1740. Ebendesselben Entscheidung der bisher unbeantworteten Frage: was res mancipi und nec mancipi seyen? in den Schriften der prüfenden Gesellschaft zu Halle. IV. 1. auf die Erkennbarkeit allein gesehen wissen wollen, oder welche mit *Ger.* MEERMANN de rebus mancipi (*Lugd. Bat.* 1741.) annehmen, die res mancipi hätten blos auf den Ackerbau, oder nach HOMMEL in Conjectur. cit. nur auf den Krieg Beziehung gehabt, sind immer nur zum Theil wahr. Man sehe dagegen vorzüglich Hugo civilistisches Magazin 2. Band S. 66. ff. Ganz unwahrscheinlich aber ist es, daß die res mancipi blos in die Schatzungstafeln der Bürger wären eingetragen, und darin namentlich verzeichnet worden, die res nec mancipi aber nicht, wie PUFENDORF in Observat. iur. univ. T. II. Obs. 79. behaupten will. Denn die Eintheilung galt noch immer, nachdem auch schon die alte Art der Schatzung aufgehört hatte. Sodann waren ja die agri provinciales keine res mancipi, und kommen doch gewiß auch bey dem Census vor. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 151. Not. †††.

51) Solche Grundstücke hießen daher praedia *stipendiaria* et *tributaria*. Man sehe davon *Pet.* BURMANN de Vectigalibus Populi Rom. Cap. I. und CONRADI lib. de veris mancipi et nec mancipi rerum different. Cap. III. §. 10.

Eigenthum durch keine Usucapion erwerben [52]). Sie hatten sie nur in bonis, ob sie gleich ausser jener Rücksicht als Eigenthümer betrachtet wurden [53]). Daß deswegen alle res nec mancipi des dominii quiritarii unfähig gewesen, läßt sich nicht erweisen, wohl aber mit Grund behaupten, daß das Eigenthum, das ein römischer Bürger an einer res nec mancipi, ausser einem fundus provincialis, erworben hatte, eben solche Wirkungen gehabt, als an einer res mancipi, und daß die vornehmste Wirkung eines römischen Eigenthums, die vindicatio ex iure Quiritium, in dem einem Falle, wie in dem andern, auf gleiche Weise Statt gefunden habe.

3) Nur bey der derivativen Erwerbung war ein wichtiger Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi, der darin bestand, daß bey den letztern schon die simple Tradition [54]) das bürgerliche Eigenthum wirkte, wenn nur die

52) Wie hätte ein ius Quiritium an solchen eroberten Ländereyen dem römischen Volke zustehen können, wenn die Kriegseroberung und überhaupt die Occupation, als eine natürliche Erwerbungsart, immer nur ein bloßes natürliches Eigenthum gewirkt hätte? Man sehe vielmehr *L. 20. §. 1. D. de captiv. L. 16. D. de acquir. rer. dom.* BRISSONIUS in Select. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 1. und *Io.* VOET de iure militari. Cap. V. §. 10. seqq.

53) S. AGGENUS und SIMPLICIUS bey GOESIUS in Scriptor. rei agrariae. pag. 46. 47. u. 76. THEOPHILUS in Paraphr. graeca Institut. Lib. II. Tit. 1. §. 40.

54) Die Tradition wird zwar sonst zu den natürlichen Erwerbungsarten gerechnet, und findet auch, als ein modus naturalis, bey allen Sachen Statt. Allein insofern sie der modus

die Ablieferung vermöge einer vorhergegangen obligatio geschahe[55]); welches aber bey den erstern nicht angieng, sondern es wurden dazu entweder gewisse in den bürgerlichen Gesetzen vorgeschriebene Feyerlichkeiten[56]), oder eine

dus proprius bey den rebus nec mancipi war, hatte sie effectum civilem. Es ist nämlich hier vorauszusetzen, daß ein modus acquirendi auf zweyerley Art kann naturalis genennt werden; entweder in Ansehung des Ursprungs, oder in Ansehung der Wirkung. In jener Beziehung ist die Tradition allemal eine natürliche Erwerbungsart, da sie ihren Ursprung aus dem natürlichen Rechte hat. In Hinsicht der Wirkung aber war die Tradition bisweilen ein modus naturalis, bisweilen civilis. Jenes bey den rebus mancipi, welche nach dem alten Civilrechte anders nicht, als durch gewisse Feyerlichkeiten gänzlich veräußert werden konnten. Es konnte also die bloße Tradition bey diesen nur ein natürliches Eigenthum wirken. Letzteres bey der Veräußerung der rerum nec mancipi. Denn hier haben die Gesetze keine gewisse Feyerlichkeiten erfordert. Der Römer konnte also an diesen durch die bloße Tradition das dominium quiritarium erlangen. S. *Alb. Diet.* TREKELL Tract. de origine et progressu testamentifactionis praesertim apud Rom. *Lipsiae* 1739. 4. Cap. III. §. 9. not. d. pag. 74. und Desselben Recension von MEERMANNI Tr. cit. de rebus mancipi in Hugo's civilistischen Magazin 2. B. S. 79. ff. Auf gleiche Art läßt sich erklären, daß ein Römer auch durch Occupation ein bürgerliches Eigenthum erwarb.

55) *L. 31. pr. D. de acquir. rer. dominio.*

56) Eine solche feyerliche Veräußerung einer res mancipi, wodurch das bürgerliche Eigenthum von einem Römer auf den andern gebracht wurde, hieß *abalienatio*, geschahe sie vor der Obrigkeit durch Addiction, so wurde sie *in iure cessio*, geschahe sie aber ausser Gericht vor fünf Zeugen per aes et libram, so wurde sie *Mancipatio* genennt. Daher sagt CICERO in *Topic.* cap. 5.

eine Usucapion erfordert [57]). **Ulpian** [58]) giebt diesen Unterschied deutlich zu erkennen, wenn er sagt: *Mancipatio* propria species alienationis est rerum mancipi. — *Traditio* propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia *ipsa traditione* apprehendimus, scilicet si *ex iusta causa* traditae sunt nobis. Daß **Ulpian** hier von dem bürgerlichen Eigenthume, und wie dasselbe an einzelnen Sachen könne erworben werden, rede, zeigt der ganze Zusammenhang. Es ist auch bekannt, daß durch dominium im eminentesten Sinne das eigentliche römische Eigenthum verstanden werde. Nun setzt **Ulpian** die Tradition der Mancipation entgegen. So wie nun die Mancipation bey einer re mancipi unstreitig das römische Eigenthum gab, so muß auch die Tradition bey einer res nec mancipi gleiche Wirkung gehabt haben [59]).

4) Da also eben sowohl res nec mancipi als mancipi in dominio civili seyn konnten, so leidet es keinen Zweifel, daß auch res nec mancipi eben sowohl, als nec mancipi durch bürgerliche Erwerbungsarten acquirirt werden

cap. 5. ABALIENATIO est eius rei, quae mancipi est, aut *traditio alteri nexu*, aut *in iure cessio*, inter quos ea *iure civili* fieri possunt.

57) BOETHIUS ad *Topica Cic.* cap. 5. sagt: At si res ea, quae mancipi est, nulla solennitate interposita tradatur, *abalienari* non poterit, nisi ab eo, cui traditur, *usucapiatur*.

58) *Fragm.* Tit. XIX. §. 3. et 7. bey SCHULTING in *Iurispr. Antejust.* pag. 620. et 622.

59) S. Trekell in Hugo civilist. Magazin 2. Band S. 82.

den konnten. Auch dies lehrt uns **Ulpian**[60]) ausdrücklich. Solche gemeinschaftliche Erwerbungsarten waren Usucapio, in iure cessio, adiudicatio, und lex. Nur die Mancipatio war den rebus mancipi, und die Traditio den rebus nec mancipi eigen[61]). Es ist also ganz irrig, wenn

60) c. l. §. 8. USUCAPIONE dominium adipiscimur, tam mancipi rerum, quam *nec mancipi*. §. 9. IN IURE CESSIO quoque communis alienatio est et mancipi rerum et *nec mancipi*; quae fit per tres personas, in iure cedentes, vindicantes, addicentes. — §. 16. ADIUDICATIONE dominia nanciscimur, per *formulam familiae erciscundae*, quae locum habet inter coheredes: et per *formulam communi dividundo*, cui locus est inter socios: et per *formulam finium regundorum*, quae est inter vicinos. Nam si iudex uni ex heredibus, aut sociis, aut vicinis, rem aliquam adiudicaverit, statim illi adquiritur, *sive mancipi*, *sive nec mancipi sit*. §. 17. LEGE nobis acquiritur, velut caducum, vel ereptitium ex Lege Papia Poppaea. Item legatum ex lege duodecim Tabularum, *sive mancipi res sint*, *sive nec mancipi*.

61) Ob die Mancipation auch bey einer res nec mancipi gültig gewesen, ist zweifelhaft. Hr. Prof. Hugo im Lehrbuche der Geschichte des Röm. Rechts §. 152. Not.*) oder §. 163. der 3ten Aufl. meint, wo die Tradition hingereicht hätte, habe die Mancipation doch wenigstens nichts geschadet. Daher habe auch eine res mancipi, wenn sie beweglich war, gar wohl mancipirt werden können. Für diese Meinung scheint auch Plinius zu sprechen, wenn er in *Histor. Nat.* Lib. IX. cap. 60. von den Perlen sagt, eas *in mancipatum venisse*, da doch Ulpian *Fragm.* XIX. 1. die margaritas nicht mit unter den rebus mancipi erwähnt. Wenn also Ulpian c. l. §. 3. sagt, die Mancipatio sey den rebus mancipi eigen, so scheint der Sinn desselben nur dahin zu gehen; die Mancipation sey nur bey diesen Sachen allein nöthig gewesen, um ein römisches Eigenthum zu erwer-

wenn Galvanus und Conradi die natürlichen Erwerbungsarten auf die res nec mancipi, und die römischen Er-

erwerben. Bey den rebus nec mancipi hingegen nicht, hier habe die simple Tradition die nämliche Wirkung gehabt. Daher sagt er §. 7. die traditio sey die propria alienatio rerum nec mancipi, nämlich darum, weil hier die Tradition allein genügte. Dessen ungeachtet läßt doch eine Stelle bey Cicero in *Top.* cap. 10. einen starken Zweifel übrig, wo es heißt: *Finge, mancipio aliquem dedisse id, quod mancipio dari non potest: numne idcirco id eius factum est, qui accepit? aut num is, qui mancipio dedit, ob eam rem se ulla re obligavit?* TREKELL meint zwar in seinem gelehrten Tract. de origine et progressu testamentifactionis Cap. III. §. 8. diese Stelle lasse sich auf zweyerley Art erklären, entweder so, daß Cicero nur habe zu erkennen geben wollen, die Mancipation habe bey einer res nec mancipi an sich nicht den Effect, ein römisches Eigenthum zu erwerben, wenn nicht eine wirkliche Tradition damit verbunden ist; oder Cicero rede daselbst gar nicht von rebus nec mancipi, sondern von solchen Sachen, die gar keines Privateigenthums fähig waren, wie z. E. fundi provinciales. Dieser Erklärung widerspricht nun aber freylich BOETHIUS in Comm. ad loc. cit. *Ciceronis*, wo er sagt: Si quis Iurisperitus adiiciat id, quod non iure contractum est, nullius esse momenti, adhibeatque exemplum tale, *velut si quis rem non mancipi mancipaverit*, num idcirco aut rem alienavit, aut se eo facto potuit obligasse? minime. Quod enim non iure contractum est, nihil retinet firmitatis. Es ist auch noch immer die Frage, ob Plinius an dem angef. Ort von einer wirklichen Mancipation spricht. Denn *in mancipatum venire* kann auch so viel heißen: die mancipes, d. i. die publicani machen dem Staate damit Sicherheit, wie mit ihren Grundstücken, der Staat nimmt sie als sichere Unterpfänder an, wie CONRADI de veris mancipi et nec manc. rerum different. Cap. III. §. 2. diese Stelle nach VARRO *de Lingua Lat.* Lit. IV. cap. 4. erklärt.

Erwerbungsarten blos auf die res mancipi einschränken [62]).

Richtiger ist daher der Begriff derjenigen Rechtsgelehrten [63]), welche ein römisches Eigenthum, dominium *quiritarium* s. *legitimum* dasjenige nennen, welches nur ein römischer Bürger an einer dazu geeigenschafteten Sache auf eine gesetzmäßige Art mit der Wirkung erlangen konnte, die Sache auch von dem unschuldigen dritten Besitzer ohne allen Ersatz zu vindiciren, der sie sonst ganz rechtmäßig an sich gebracht hat. Eines solchen Eigenthums waren also 1) nur Römer fähig. Bey Fremden konnte keine Erwerbungsart ein römisches Eigenthum wirken. Bey einer derivativen Erwerbung mußte jedoch auch der Veräußerer das römische Eigenthum gehabt haben [64]). 2) Die Sachen mußten des dominii quiritarii fähig

62) S. *Dominici Bricherii* COLUMBI Diss. qua perpetuum usucapionis effectum, dominium iuris quiritarii iure vulgo constitui evincitur s. Vindicatio quiritarii dominii in rebus nec mancipi usucapione quaesitis adversus censuram *Franc. Car.* CONRADI. *Vindobonae* 1738. 4.

63) Man sehe vorzüglich *Alb. Diet.* TRECKEL Tractat. de origine atque progressu testamenti factionis praesertim apud Romanos. Cap. III. §. 9. Ebendesselben Bestätigung seiner Ideen über res mancipi und verwandte Gegenstände mit Anmerkungen in Hugo's civilist. Magazin 2. Band S. 57. ff. S. auch Hugo Lehrbuch und Chrestomathie des classischen Pandectenrechts 1. Band §. 155—165. und Desselben Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 73. ff.

64) Daher sagt VARRO *de re rustica* lib. II. cap. 10. Si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, *a quo iure civili potuit*, aut si in iure cessit, *cui potuit in iure cedere*. S. CONRADI cit. lib. sing. Cap. V. §. 2.

fähig seyn. Dies waren alle Sachen, welche in commercio sind, sowohl res mancipi als nec mancipi, nur fundi provinciales waren ausgeschlossen. 3) Die Sache mußte auf eine gesetzmäßige Art erworben worden seyn, es mochte nun entweder modo civili oder naturali geschehen. Ein bloßes natürliches Eigenthum, *dominium naturale*, hingegen wurde in dreyerley Verstande genommen. Ein natürliches Eigenthum hieß nämlich 1) ein solches, welches ein peregrinus hatte; 2) dasjenige, welches ein römischer Bürger an einem fundo provinciali hatte; 3) dasjenige, welches ein römischer Bürger an einer res mancipi durch simple Tradition acquirirt hatte[65]). Wer nun das bürgerliche Eigenthum an einer Sache hatte, von dem sagte man, die Sache sey *ex iure Quiritium* sein, und sie gehöre ihm *iure optimo*[66]). Wer hingegen nur das natürliche Eigenthum an einer Sache hatte, von dem sagte man, er habe die Sache *in bonis*[67]). Beydes konnte bey ein und eben derselben Sache Statt haben. Z. B. wenn eine res mancipi durch simple Uebergabe, ohne die erforderliche Feyerlichkeit, von einem Bürger auf den andern war gebracht worden, so erlangte der Erwerber nur ein natürliches Eigenthum, der Veräußerer aber blieb Eigenthümer ex iure Quiritium, wie

Ulpian

65) S. Trekell in Hugo civ. Mag. 2. Band S. 63.

66) CICERO *de Harusp. respons.* cap. 7. CONRADI cit. lib. Cap. IV. §. 3.

67) Der Ausdruck dominium bonitarium kommt sicher zuerst bey THEOPHILUS in Paraphr. gr. I. cit. §. 4. I. de libertin. vor. Denn Ulpian sagt immer *in bonis esse, Fragm.* I. 16. und XIX. 20.

Ulpian [68]) sagt, bis bey dem Erwerber eine hinzugekommene Usucapion das zurückgebliebene nudum ius quiritium aufhob. Das bloße natürliche Eigenthum gab zwar dem Besitzer das Recht über die Sache zu disponiren, und dieselbe zu gebrauchen und zu benutzen [69]). Es gieng auch im Collisionsfalle der natürliche Eigenthümer in Absicht auf den Gebrauch und Ausübung des Eigenthums dem quiritarischen Eigenthümer vor [70]). Allein er hatte nicht das Recht,

68) *Fragm.* Tit. I. §. 16.

69) Das Recht eines solchen Eigenthümers, der eine Sache blos in bonis hatte, wird daher in den Gesetzen *Possessio* genennt, und dem *dominium* oder quiritarischen Eigenthume entgegengesetzt. Hierauf bezieht sich, wenn Javolen *L. 115. D. de Verb. Signif.* sagt: *Possessio* ab agro iuris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc *possessionem* appellamus. *Possessio* ergo *usus*, ager *proprietas* loci est. Javolen zeigt hier den Unterschied zwischen *ager* und *possessio*, welcher darin besteht, daß *ager* meus blos von solchen Grundstücken gebraucht wird, wovon ich das römische Eigenthum habe, *possessio* aber bey solchen, welche ich zwar zu gebrauchen und zu benutzen das Recht habe, ohne jedoch wahrer Eigenthümer derselben zu seyn, entweder weil bey der Veräußerung nicht die erforderliche Feyerlichkeit beobachtet worden, oder weil das Grundstück an sich, wie z. B. ein fundus provincialis, nicht im römischen Privateigenthume seyn konnte. So hat zuerst *Barn.* BRISSONIUS in Select. ex iure civ. antiquitat. Lib. IV. cap. 1. diese Stelle richtig erklärt, und nach ihm noch mit bündigern Beweisen unterstützt Hr. von Savigny in seinem klassischen Werk vom Rechte des Besitzes §. 8. S. 84. der zweyten Auflage.

70) *Fragm.* Tit. XIX. §. 20. Si servus alterius *in bonis*, alterius *ex iure Quiritium* sit, ex omnibus caussis adquiret ei, cuius in bonis

Recht, die Sache von jedem Dritten zu vindiciren. Dieses stand nur dem quiritarischen Eigenthümer zu [71]). Zwar meint Gerh. Noodt [72]), es wäre zur Verfolgung des dominii bonitarii von den römischen Rechtsgelehrten eine actio utilis in rem erfunden, welche der Prätor mit der rei vindicatione directa in sein Edict aufgenommen habe; und daraus sey zu erklären, wenn Paulus [73]) sagt: In rem actio competit ei, qui aut *iure gentium*, aut *iure civili* dominium acquisivit. Allein von einer solchen Erfindung der römischen Rechtsgelehrten findet sich nirgends eine Spur [74]). Wohl aber läßt sich behaupten, daß bey dem natürlichen Eigenthume von dem Prätor die publiciana in rem actio ertheilt worden sey, durch welche auch ein solches Eigenthum hinlänglich geschützt war [75]). Von

bonis est. S. Cujaz ad h. l. und Galvanus c. l. cap. 25. pag. 280.

71) Daher gestatteten die Römer keinem Fremden das Vindicationsrecht, er mochte eine Sache besessen haben, so lange er wollte. Der wahre römische Eigenthümer hingegen durfte zu ewigen Zeiten gegen ihn vindiciren. Es hieß: adversus hostem aeterna auctoritas esto. CICERO *de Officiis* Lib. I. cap. 12. Ganz anders will indessen Hr. Prof. Dabelow über die Verjährung 1. Th. §. 10. dieses Gesetz in den zwölf Tafeln erklären.

72) in Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 191.

73) *L. 23. pr. D. h. t.*

74) Die Stelle, welche CONRADI cit. libr. sing. Cap. IV. §. 4. aus CICERO *pro Murena* cap. 12. anführt, enthält von einer actio in rem utilis kein Wort.

75) Hierauf beziehen sich unstreitig folgende Stellen: *L. 52. D. de acquir. rer. dom.* Rem *in bonis nostris* habere intelligimur, quo-

Von dieser actio publiciana war aber hier sicher nicht die Rede[76]). Wer also an einer Sache, welche in bonis des Besitzers war, das nudum ius quiritium hatte, hatte weiter gar keinen Vortheil von der Sache, er konnte sich auch keines Vindicationsrechts gegen den bedienen, auf den er selbst das natürliche Eigenthum gebracht hatte, weil ihm die exceptio rei venditae et traditae entgegen stand[77]). Daher sagt Justinian[78]): nudum ex iure Quiritium nomen nihil ab aenigmate discrepare, nec

E 2 unquam

quoties possidentes exceptionem, aut amittentes, ad reciperandam eam, *actionem* habemus. — *L. 12. §. 2. D. de Public. in rem act.* In vectigalibus et aliis praediis, quae usucapi non possunt, *Publiciana* competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. — und *L. 1. §. 1. D. si ager vectig.* His, qui agros vectigales a municipibus conduxerunt, quamvis non efficiantur *domini,* tamen placuit eis competere *in rem actionem* adversus quamvis possessorem. S. Hrn. von Savigny Recht des Besitzes §. 9. und Hrn. Prof. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 153.

76) POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. nr. VIII. not. a. will zwar die Stelle des Paulus so verstehen, daß der Prätor demjenigen, welcher das Eigenthum einer Sache nur iure gentium erworben hatte, eine actionem in rem gegeben habe, cum ius civile eam non daret, nisi ei, qui iure civili dominus factus esset. Allein unter *actio in rem* wird in diesem ganzen Titel immer nur die bürgerliche Eigenthumsklage verstanden. *L. 1. §. 1. L. 6. L. 42. D. h. t.* Siehe auch *Ant.* FABER in Rational. ad L. 23. pr. D. h. t.

77) S. CONRADI de veris mancipi et nec mancipi rerum differentiis. Cap. IV. §. 8. Hugo Geschichte des R. R. §. 153. S. 182.

78) *L. un. C. de nudo iure Quirit. toll.*

unquam videri, nec in rebus apparere, und hob es, als eine unnütze Subtilität, auf [79]), indem er dem dominio bonitario die volle Wirksamkeit des dominii quiritarii beylegte [80]).

Verschieden von dieser Eintheilung ist diejenige, wenn das Eigenthum in dominium *directum* und *utile* eingetheilt wird. Es ist hier nicht von derjenigen Eintheilung die Rede, die man z. B. bey der Emphyteusis annimmt, wenn man dem Erbzinsherrn das directe, und dem Emphyteuta das nutzbare Eigenthum einräumt. Von dieser wird weiter unten gehandelt werden. Sondern es kommt hier auf die Klage an. Man nennt daher ein *dominium directum* ein solches Eigenthum, welches nach den Regeln des strengen Rechts Statt findet, und mit einer vindicatio directa verfolgt werden kann. *Dominium utile* hingegen wird dasjenige genennt, weshalb die Gesetze blos vermöge der Billigkeit eine vindicatio utilis gestatten [81]). So kann sich z. B. der schenkende Ehegatte an die mit dem geschenkten Gelde gekaufte Sache halten, und solche mit einer vindicatio utilis abfordern, wenn der beschenkte Ehe-

79) Vid. BRISSONII Select. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 22. GALVANUS de Usufructu cap. 25. Sect. IV. pag. 281. und WOLTAERI Commentar. iuris Iustinianei noviss. Tom. I. §. 210. seqq.

80) S. von Savigny Recht des Besitzes §. 9. Nr. 2. u. 5. wo er die Folgen besonders bey den praediis provincialibus, vectigalibus und emphyteusibus sehr gründlich erörtert hat.

81) Man s. GALVANUS de Usufructu cap. XXV. Sect. VIII. pag. 389. seqq. und THIBAUT System des Pandectenrechts. 2. B. §. 557. der 2ten Aufl.

Ehegatte insolvent wird [82]). Eben so wird einem Soldaten eine utilis vindicatio gestattet, wenn Jemand mit seinem Gelde für sich Sachen erkauft hat, sofern er nämlich anders nicht, als durch die Sache, entschädiget werden kann [83]).

2) Nach dem **Umfange** der in dem Eigenthume enthaltenen Rechte, ist das Eigenthum entweder ein **volles** (*dominium plenum*), oder ein **unvollkommenes** (*minus plenum*). Jenes ist vorhanden, wenn dem Eigenthümer sowohl die Nutzungs- als Proprietätsrechte zustehen. Letzteres hingegen, wenn beyde Rechte getrennt sind, und verschiedenen Personen zukommen [84]).

3) In Rücksicht der **Ausübung der Proprietätsrechte** ist das Eigenthum entweder ein **beschränktes** (*dominium limitatum*), oder ein **unbeschränktes** (*illimitatum*). Stehen nämlich die oben angegebenen Proprietätsrechte dem Eigenthümer dergestalt zu, daß er ungehindert über die Substanz disponiren kann, so ist das Eigenthum ein **freyes** und **uneingeschränktes**. Für ein

82) *L. 55. D. de donat. inter vir. et uxor.*

83) *L. 8. C. de Rei vind.* Mehrere Beyspiele hat *Conr. Sigism.* TOPP in Diss. de utilis rei vindicationis speciebus. *Helmst.* 1750.

84) *L. 17. D. Quib. mod. usufr. amitt. L. 126. §. 1. D. de Verb. obligat.* Die Ausdrücke *nuda* und *plena proprietas* kommen in den Gesetzen häufig vor. *L. 72. D. de usufr. L. 78. pr. D. de iure dot. L. 2. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt. §. ult. I. de usufr.* BARDILI Diss. de nuda proprietate, und *Phil. Iac.* HEISLER Diss. de nuda proprietate pleno dominio. *Halae* 1756.

ein solches Eigenthum streitet zwar im Zweifel die Vermuthung. *Nam suae quisque rei moderatur atque arbiter est*, sagt Kr. **Constantin** der Große [85]). Es ist jedoch auch dieses gewissen Modificationen unterworfen, indem 1) kein Eigenthümer, wie wir oben gehört haben, sein Eigenthum zur Beleidigung eines Andern ausüben darf, z. B. durch Verbreitung eines übermäßigen Rauches [86]); 2) der Eigenthümer zuweilen seine Sache Preis geben muß, wenn es nöthig ist, um eine größere Gefahr, die vielen drohet, hierdurch abzuwenden [87]), und überhaupt 3) das Eigenthum eines jeden Bürgers den allgemeinen Regierungsrechten des Staats subordinirt ist, vermöge welchen der Staat zum allgemeinen Besten nicht allein solche Verfügungen treffen kann, wodurch die Unterthanen in ihren Proprietätsrechten beschränkt werden, sondern auch, wodurch dem Eigenthume selbst ein Ende gemacht wird [88]).

Ist

85) *L. 21. C. mandati.* S. WOLTAERI Commentarii iuris Iustin. novissimi Tom. I. §. 204.

86) *L. 8. §. 5. D. si servitus vindic.*

87) So können bey einer entstandenen Feuersbrunst Häuser niedergerissen werden, um der Flamme Einhalt zu thun, ohne daß sich die Eigenthümer über erlittenes Unrecht beschweren können. *L. 49. §. 1. D. ad Leg. Aquil. L. 3. §. 7. D. de incendio.* S. MALBLANC Dig. P. II. §. 387. pag. 99.

88) Man nennt dieses Recht des Staats das Hoheitsrecht des Obereigenthums (*dominium eminens*), welches sich im Falle einer dringenden Noth über alle Güter der Staatsbürger, weltliche und geistliche, erstreckt, wenn das gemeine Wohl des Staats eine Aufopferung derselben nothwendig macht. S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 1. Band. §. 101. c.

Ist das Eigenthum beschränkt, so lassen sich zwey Fälle unterscheiden. Der Eigenthümer kann entweder die Proprietät einstweilen gar nicht ausüben, sondern ein Anderer ist dazu ausschließend berechtiget, oder die Ausübung der Proprietät ist nur zum Theil beschränkt. Im ersten Falle nennt man das beschränkte Eigenthum ein ruhendes (dominium *quiescens* s. *dormiens*), oder ein natürliches (dominium *naturale*); diesem wird alsdann das *dominium civile*, oder das bürgerliche Eigenthum entgegengesetzt, und darunter das ausschließende Recht zur einstweiligen Ausübung der Eigenthumsrechte eines Andern, welcher dasselbe vor jetzt auszuüben gehindert ist, verstanden [89]), welches daher auch den Namen *dominium interimisticum* erhält [90]). So hat z. B. die Ehefrau während der Ehe nur ein natürliches Eigenthum ihres Heyrathsgutes, dem Manne hingegen steht das ausschließende Recht zu dessen Ausübung zu. Daher wird dem Ehemanne das dominium dotis zugeschrieben [91]), quamvis res dotales *naturaliter* in uxoris permaneant dominio,

§. 101. c. und Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 1. Th. §. 33.

89) Es ist also hier von keinem getheilten Eigenthume die Rede, wie Hr. Prof. WOLTAER in Commentar. iuris Iustinian. noviss. Tom. I. §. 198. ganz richtig bemerkt. Er sagt daher: *Ex* IUSTINIANI *mente nempe* DOMINUS NATURALIS *est*, *cuius nomine res possidetur*, CIVILIS *vero procurator iste*, *qui alienae possessioni*, i. e. *domini naturalis praestat ministerium*.

90) *Io.* SIBRAND Diss. de dominio interimistico. *Rostochii* 1684.

91) *L.* 13. *§.* 2. *D. de fundo dot. L.* 7. *§.* 3. *D.* de *iure dot. L.* 23. *C. eodem.*

minio, wie **Justinian** [92]) sagt. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum *in patrimonium mariti* [93]) videatur fieri, ideo *rei veritas* deleta vel confusa est. Eben so ist das Eigenthumsrecht der Kinder an ihren Adventizien während der väterlichen Gewalt ruhend, weil dem Vater, als Vater, die Ausübung desselben nach den Gesetzen zusteht, perinde ac si solidum perfectumque dominium patri ipsi acquisitum esset, wie Kr. **Constantin** der Große sagt [94]).

Ist die Ausübung des Eigenthums nur zum Theil beschränkt, so kann der Grund einer solchen Beschränkung entweder in gesetzlichen Vorschriften, oder privatrechtlichen Dispositionen liegen. Letztere beruhen auf Verträgen oder Testamenten, und lassen sich daher hier nicht im Allgemeinen bestimmen. Die gewöhnlichsten sind die Servituten und Fideicommisse. Die gesetzlichen Beschrän-
kungen

92) *L. 30. Cod. de iure dot.* Hieraus erklärt sich, wenn Tryphonin sagt *L. 75. D. de iure dot.* Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. S. *Ulric.* HUBERI Digression. Iustinian. Lib. IV. cap. 9. §. 3. und besonders GALVANUS de Usufructu cap. 22.

93) Die Leseart in *matrimonium* mariti, die in allen Gothofredischen Ausgaben, auch in der des Simon von Leeuwen vorkommt, ist offenbar unrichtig. Die bessern Ausgaben, als die Charondaische, Russardische, die des Baudoza Cestius, und alle andere lesen in *patrimonium* mariti.

94) *L. 1. C. de bon. matern. L. 8. Cod. de bonis quae liber.* S. *Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diss. de diverso iure patris in peculio adventit. liberor. §. 1. Mehrere Beyspiele hat Reinhard in dem Versuche einer syst. Einleitung in die Lehre vom Eigenthumsrechte §. 32.

kungen hingegen lassen sich auf drey Hauptfälle reduciren [95]).

I. Solche Fälle, da der Eigenthümer etwas leiden muß. Beyspiele von solchen gesetzlichen Beschränkungen giebt a) das gesetzliche Nutzungsrecht, welches sich der Eigenthümer in mehreren Fällen gefallen lassen muß, die wir zu seiner Zeit in der Lehre de Usufructu §. 627. anführen werden. Hierher gehört b) das Interdictum *de glande legenda*, welches dahin gehet, daß mir der Nachbar das Auffsammeln der von meinen Bäumen auf desselben Grundstück herübergefallenen Früchte gestatte [96]). Man kann sich auch eines Interdicts wegen anderer durch Zufall auf das Land eines Andern geführten Sachen bedienen, wenn man nur cautio damni infecti leistet, falls etwa bey der Wegräumung des Unsrigen von dem Lande des Andern für diesen ein Schade zu besorgen ist [97]). Eben so muß c) der Eigenthümer den natürlichen Abfluß des Wassers von dem höher liegenden Lande seines Nachbars leiden [98]). Nicht minder d) zur Wiederherstellung öffentlicher Wege von seinem Grundstücke das Nöthige hergeben [99]).

II. Fäl-

95) S. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 582. und WOLTAER Comment. cit. §. 204.

96) *L. un. D. de glande leg.* Unter *glans* werden hier alle Baumfrüchte verstanden. (Vid. Tit. 28. Libri XLIII.)

97) *L. 9. §. 1. D. de damno inf.* WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 31.

98) *L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.* WESTPHAL c. l. §. 41. not. 36. e. pag. 45.

99) *L. 14. §. 1. D. Quemadm. servit. amitt.*

II. Fälle, da der Eigenthümer etwas nicht thun darf. Hierher gehört, a) daß der Eigenthümer, dessen Baumaterialien (tignum)[100]) ein Dritter zur Aufführung eines Gebäudes auf seinem Boden gebraucht hat, dieselben, so lange das Gebäude steht, nicht vindiciren, sondern nur den Ersatz des doppelten Werths verlangen kann, wofern der Besitzer die Materialien nicht freywillig herausgiebt [1]). b) Daß der Eigenthümer in manchen Fällen nicht veräußern darf, welche in dem Tit. I. Quibus alienare licet vel non von Justinian angegeben werden [2]).

III. Fälle, da der Eigenthümer in Rücksicht seines Eigenthums zu positiven Handlungen verpflichtet ist. Dahin gehört, daß jeder Eigenthümer eines baufälligen Gebäudes seinem Nachbar, dem aus dem Einsturz desselben ein Schaden drohet, wegen Ersetzung desselben auf Verlangen eine cautio de damno infecto bestellen muß, und dazu, durch Einweisung des Klägers in den Mitbesitz der Sache (immissio ex primo decreto), und, wenn dies nichts hilft, durch gänzliche Ausweisung des Beklagten (immissio ex secundo decreto) genöthiget werden kann [3]).

4) In

100) *L. 1. §. 1. D. de tigno iuncto.* TIGNI appellatione continetur *omnis materia, ex qua aedificium constet.*

1) *§. 29. I. de rer. div. L. 23. §. 6. D. de R. vind. L. 6. et 7. D. ad exhib. L. 7. §. 10. D. de acquir. rer. dom. L. 1. D. de tigno iuncto.* THIBAUT 2. B. §. 583.

2) *Io. a* SANDE Tr. de prohibita rerum alienatione. *Leovardiae* 1657. THIBAUT §. 584. und Westphal System des R. R. über die Arten der Sachen §. 327. ff.

3) Vid. Tit. Dig. *de damno infecto* Lib. XXXIX. Tit. 2.

4) In Ansehung seiner Dauer ist das Eigenthum entweder ein nach dem Willen des Eigenthümers beständig fortdauerndes, oder es ist auf eine solche Art verliehen worden, daß es auch ohne und wider des Eigenthümers Willen auf den vorigen Eigenthümer zurückfallen kann. In jenem Falle wird es ein beständiges und unwiderrufliches (dominium *perpetuum* et *irrevocabile*), in diesem aber ein zeitiges oder widerrufliches (dominium *temporale* seu *revocabile* s. *interimisticum*) genennt [4]). Der Grund, warum ein Eigenthum widerruflich ist, kann entweder

1) in der Natur der Sache selbst liegen. So erwirbt der redliche Besitzer (bonae fidei possessor) an den Früchten durch die Perception oder bloße Trennung derselben a solo nur ein widerrufliches Eigenthum, weil er sie dem der Hauptsache vindicirenden Eigenthümer herausgeben muß [5]). Auf gleiche Art ist das Eigenthum des Ehemannes an den Dotalgütern seiner Frau widerruflich, weil es, wenn die Ehe getrennt wird, und hierdurch die Lasten derselben aufhören, auch wider des Mannes Willen von der Ehefrau oder deren Erben zurückgefordert werden kann [6]). Oder

2) in

4) *Mich.* GRASS de reditu dominii legali. *Tubingae* 1724. 4. *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de dominio revocabili. *Ienae* 1706. KLEIN Diss. de dominio interimistico. besonders *Io. Paul.* TRUMMER Diss. de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis. *Lipsiae* 1741.

5) *L.* 48. *pr. D. de acquir. rer. dom.* *L.* 25. §. 1. *D. de usur. L.* 22. *C. de rei vind.*

6) *L.* 42. *D. de iure dot.* *L.* 3. *L.* 29. *Cod. eodem.* *L.* 1. *C. de servo pign. dato.*

2) in einem der Acquisition des Eigenthums beygefügten Vertrage. Dahin gehört, wenn das Eigenthum unter der Bedingung übertragen worden ist, daß die Sache zurückgegeben werden solle, wenn dem vorigen Eigenthümer der Handel gereuen sollte (pactum displicentiae), oder wenn sich binnen einer gewissen Zeit eine Gelegenheit zu einem bessern Handel finden würde (pactum addictionis in diem), oder wenn der Erwerber zur bestimmten Zeit das Versprechen nicht prästiren würde (pactum commissorium), oder wenn der Wiederkauf vorbehalten worden ist (pactum de retrovendendo). Oder

3) in einer gesetzlichen Verordnung. Dahin gehört, daß eine Schenkung unter den Lebendigen widerrufen werden kann, wenn der Verschenker wider Vermuthen noch eheliche Kinder erhält, oder der Donatar eine gesetzlich ausgezeichnete Undankbarkeit begeht [7]). Auch ist eine über 500 Ducaten betragende und nicht gerichtlich insinuirte Schenkung in Ansehung desjenigen widerruflich, was über 500 Ducaten geschenkt worden ist [8]). Hierher gehört ferner, daß der Verkäufer wegen einer erlittenen Verletzung über die Hälfte die Sache von dem Käufer zurückfordern kann [9]).

In Absicht auf die Wirkung des widerruflichen Eigenthums kommt es darauf an, ob das Eigenthum *ex tunc* oder *ex nunc*, wie man zu sagen pflegt, resolvirt wird. Ersteres geschieht, wenn das Eigenthum dergestalt aufhört,

7) *§. 2. in fin. I. de donat. L. 8. et 10. C. de revoc. donat.*

8) *L. 35. §. 3. C. de donat.*

9) *L. 2. C. de resc. vendit.*

hört, als ob es niemals auf den Andern wäre übertragen worden, und daher der vorige Eigenthümer sogar eine Realklage gegen jeden Besitzer der Sache anstellen kann. Hier tritt die Regel ein: *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis.* Alle in der Zwischenzeit auf der Sache dritten Personen ertheilte Realrechte, als Hypotheken, Servituten ꝛc. erlöschen hier von selbst mit der Existenz des den Widerruf begründenden Thatumstandes, und jeder dritte Besitzer ist die Sache sammt den Früchten zu restituiren verbunden [10]). *Ex nunc* hingegen wird das Eigenthum resolvirt, wenn der vorige Eigenthümer nur eine Personalklage gegen den Empfänger hat, vermöge welcher, nach Existenz des den Widerruf begründenden Thatumstandes, nur das von dem Empfänger abgefordert werden kann, was er noch besitzt, und so wie er es besitzt; gegen den Dritten hingegen eine Vindication der Sache nicht zuläßig ist. Hier bleiben die einem Dritten auf der Sache constituirten Realrechte gültig [11]).

Der Regel nach geschieht der Widerruf des Eigenthums ex nunc. Soll eine revocatio ex tunc Statt finden, so muß durch Gesetz oder Vertrag festgesetzt seyn, daß unter den gegebenen Umständen die Uebertragung des Eigenthums, als von Anfang an nichtig, angesehen werden

10) *L. 4. §. 3. D. de in diem addict. L. 3. D. Quib. modis pignus vel hyp. solvitur. L. 4. C. de pactis inter emtor. et vendit. init. L. fin. §. 3. C. commun. de legat.* TRUMMER cit. Diss. Cap. I. §. 6.

11) *L. 3. in fin. D. Quib. mod. pign. solvit. L. 10. C. de revoc. donat.*

den solle [12]). Hatte jedoch der bisherige Eigenthümer nur ein unvollkommenes und eingeschränktes Eigenthum, wie z. B. der Ehemann, ferner der Emphyteute, so geschieht der Widerruf allemal ex tunc [13]).

Sieht man endlich

5) auf die Person, welcher das Eigenthum zusteht, so lassen sich folgende Fälle gedenken. Das Eigenthum steht entweder einer einzigen Person, oder es steht mehreren Personen in Ansehung derselben Sache zugleich zu. In jenem Falle wird es ein Alleineigenthum (dominium *solitarium*) genennt. In diesem Falle aber ist das Eigenthum entweder ungetheilt, oder getheilt. Im ersten Falle wird es im Allgemeinen *Condominium*, ein gemeinschaftliches Eigenthum genennt [14]), und dieses ist wieder auf zweyerley Art denkbar. Es steht entweder jedem der Berechtigten ein idealer gleicher oder ungleicher Antheil am Ganzen zu, so daß das Recht desselben sich theilweise über alle Theile der gemeinschaftlichen Sache (pro indiviso) erstreckt, und jeder über seinen Antheil, so weit dies, unbeschadet des Rechts der übrigen, geschiehet,

12) THIBAUT System 2. B. §. 579.

13) *L. 31. D. de pign. et hyp. L. 15. D. Qui pot. in pign. L. 16. §. fin. D. de pign. act.* TRÜMMER c. l. §. 11.

14) Der Ausdruck condominium kommt in dem Röm. Rechte nicht vor, dies spricht überall nur von einer res pro indiviso communis. *L. 66. §. 2. D. de legat. II. L. 5. §. fin. D. de reb. eor. qui sub tut. L. 29. D. de acq. rer. dom.* oder communio pro indiviso. *L. 94. §. 1. D. de solut.* S. *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de condominio. *Tubingae* 1680.

het, frey verfügen kann [15]); dies nennt man ein *condominium* im Sinne des römischen Rechts, ein römisches Miteigenthum [16]). Oder es steht das Eigenthum mehreren an einer ungetheilten Sache dergestalt zu, daß jeder das Eigenthum der Sache in solidum, und auf eine solche Art hat, daß nicht einmal ideale Theile dabey Statt finden, aber in Ansehung der Ausübung der in demselben enthaltenen Rechte durch den Andern eingeschränkt ist, so daß der Besitzer verhindert ist, weder bey seinem Leben noch auf den Todesfall über die Sache disponiren zu können, sondern, bey Strafe der Nichtigkeit solcher Handlungen, verbunden ist, sie denen zu hinterlassen, welchen sie das Gesetz, oder der Familienvertrag bestimmt hat. Dies ist das teutsche Gesammteigenthum [17]), oder Gesammt-

15) *L. 6. §. 8. L. 28. D. Communi divid. L. 3. §. 2. D. Qui pot. in pign. L. 7. §. 4. D. Quib. mod. pignus solv. L. 68. pr. D. pro socio. L. 1. et 3. C. comm. div.* Mehr Recht hat jedoch der Fiskus. *L. 2. Cod. de commun. rer. alienat.* S. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen §. 340.

16) S. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen römisch-teutschen Privatrechts. 1. Th. §. 728. folg. THIBAUT Syst. des P. R. 1. Th. §. 215. u. 217.

17) S. SENCKENBERG primae lineae condominii pro indiviso. *Goettingae* 1736. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. Band. §. 263. Dabelow in dem angeführten Handbuche. 1. Th. §. 730. Dem römischen Rechte ist ein solches condominium zuwider, als welches vielmehr den Grundsatz aufstellt: *duorum in solidum dominium esse non posse.* S. *L. 5. §. 15. D. commodati.*

sammtfamilieneigenthum, welches man als den Grund der teutschen Erbfolge annimmt [18]).

Wenn das mehreren an einer Sache zustehende Eigenthum getheilt ist, so kommt es hier blos auf die Rechte der Proprietät an, welche mehreren an derselben Sache zustehen. Denn wenn an einer Sache einer die bloße Proprietät, der andere den Nießbrauch allein hat, so ist hier kein getheiltes Eigenthum, sondern bey dem Proprietar das Alleineigenthum vorhanden [19]). Ist nun aber die Proprietät unter mehrere getheilt, so lassen sich verschiedene Fälle gedenken. 1) Kann das Eigenthum mehreren pro regionibus divisis zustehen, wie bey einer Insel, die mitten in einem Fluß entsteht [20]). 2) Kann dem einen die bloße, jedoch nicht alleinige Proprietät, dem andern aber mit dem vollen Nutzungsrechte auch zugleich ein Theil der Proprietät zustehen. Hier pflegt man das Recht des erstern ein dominium *directum*, das Obereigenthum, das Recht des letztern hingegen dominium *utile*, das nutzbare Eigenthum oder niedere Nutzungseigenthum zu nennen, welche Benennungen aber freylich nicht römisch

18) *Car. Frid.* WALCH Diss. de condominio successionis fundamento in Germania. *Ienae* 1773. und Hr. Hofr. Posse in der Abh. die Succession der Kinder in alte Lehen und Stammgüter ist keine gemeinrechtliche, sondern eine diesen Gütern eigenthümliche Erbfolge. Rostock und Leipzig 1806. 8. §. 4.

19) *L. 6. D. de reb. eorum, quae sub tut. vel cura sunt. L. 25. pr. D. de Verb. signific.*

20) *L. 29. D. de acquir. rer. dom.* S. *Hub.* GIPHANIUS ad h. L. in Lectur. Altorphin. pag. 349.

römisch sind [21]). Der Fall kommt vor bey der Emphyteusis, welche die Rechte des alten agri vectigalis erhalten hat. Zwar wird gewöhnlich der emphyteuta dem dominus entgegengesetzt [22]), und **Paulus** [23]) sagt sogar ausdrücklich, der Besitzer des agri vectigalis sey nicht dominus. Allein dies ist blos im strengen Sinne des alten Rechts zu nehmen, in welchem man nur denjenigen dominus nannte, welchem das ius quiritium an der Sache zustand. Nun hatte der Emphyteuta freylich die Sache nur in bonis [24]). Daß aber sein Recht kein bloßes ius in re aliena sey, erhellet daraus, weil die Gesetze den Besitzer des agri vectigalis und emphyteuticarii sehr scharf vom Usufructuar unterscheiden, und ihn überall, dem Eigenthümer gleich, behandeln. Z. B. er erwirbt, wie der prätorische Eigenthümer (bonae fidei possessor), die Früchte durch j e d e S e p a r a t i o n, der Fructuar hinge-

21) *Ant.* FABER in Conjectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 11. und unter den neuern vorzüglich T h i b a u t in den Versuchen über die Theorie des Rechts. 2. Th. 3. Abh. verwerfen diese Eintheilung schlechterdings. Hingegen H ö p f n e r im Commentar über die Institutionen §. 291. Not. 2. und *C. H.* LANG in Commentat. de dominii utilis natura, indole atque historia, eiusque in iure rom. et germ. vestigiis. *Goettingae* 1798. suchen sie zu vertheidigen.

22) *L. 1. 2. et 3. C. de iure emphyt. L. 2. Cod. de mancip. et col.*

23) *L. 1. §. 1. D. si ager vectig.*

24) S. von S a v i g n y Verbesserungen und Zusätze zur ersten Ausgabe der Abhandlung vom Besitz S. 36. u. S. 42.

hingegen erst durch seine Perception [25]. Er hat ferner die *actio arborum furtim caesarum*, so wie die *aquae pluviae arcendae actio*, der Fructuar hingegen keine von beyden [26]. Er ist nicht minder frey von processualischen Cautionen, so wie derjenige, qui solam proprietatem habet, und wie der Ehemann propter fundum in dotem ei datum, und wird in dieser Hinsicht zu den *possessoribus immobilium rerum* gezählt, welche die Sache in bonis hatten, der Fructuar aber ausdrücklich ausgeschlossen, und von diesem gesagt, eum *possessorem* non esse [27]. Ja wer einen ager vectigalis sive emphyteuticarius besitzt, hat den *fundus* selbst, der Fructuar aber ein bloßes *ius in fundo* [28]. Jener hat daher nicht nur die *actio publiciana* [29], sondern auch eine *rei vindicatio utilis* adversus quemvis possessorem [30], und wird sogar einmal selbst *dominus* genennt [31]. Der Fructuar hingegen hat nur die actio publiciana [32], und von diesem wird ausdrücklich gesagt, er sey nicht dominus [33]. Un-

25) *L. 25. §. 1. D. de usuris.*

26) *L. 5. §. 2. et 3. D. arbor. furtim caesar. L. 23. §. 1. L. 3. §. 4. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.*

27) *L. 15. pr. §. 1. et §. 3. D. Qui satisdare cog.*

28) *L. 1. pr. D. de condict. tritic.*

29) *L. 12. §. 2. D. de Public. in rem act.*

30) *L. 1. §. 1. D. si ager vectig. id est emphyt. petat.*

31) *L. 12. C. de fund. patrimon.* Zum Beweis, daß man sich schon vor Justinian nicht immer an die alte Terminologie band.

32) *L. 11. §. 1. D. de publ. in rem act.*

33) *L. 43. in fin. D. de furtis.*

Unstreitig ist daher das Recht des Emphyteuta wahres Eigenthum, seitdem besonders Justinian den Unterschied zwischen dem dominio quiritario und bonitario aufgehoben hat [34]), ob es wohl freylich seiner Natur nach ein unvollkommenes, und wegen des in gewissen Fällen seinem Auctor zustehenden Rückfalls- oder Consolidationsrechtes ein revocables Eigenthum, wie in dem 3. Titel dieses Buchs mit mehreren gezeigt werden wird.

§. 578. u. 579.

Erwerbung des Eigenthums.

Zur Erwerbung des Eigenthums pflegt man nach der gewöhnlichen Theorie der Rechtsgelehrten [35]) insgemein zwey Stücke zu erfordern, nämlich einen sogenannten Titel, welcher die Möglichkeit, ein dingliches Recht zu erwerben, und einen sogenannten *modus adquirendi*, welcher die Wirklichkeit der Erwerbung enthält, oder die Möglichkeit durch körperliche Besitzergreifung in die Wirklichkeit verwandelt. Der Titel, sagt man, liege zuweilen in einer Handlung, die ich, oder ein Anderer, vornehme, zuweilen unmittelbar in der Verordnung des Gesetzes. Letzteres sey der Fall bey der ursprünglichen Erwerbart durch Occupation. Der Titel meines Eigenthums sey hier die Rechtsregel: *res nullius cedit occupanti*, der modus acquirendi aber die Apprehension des Besitzes der herrnlosen Sache. Bey der derivativen Erwerbung hingegen

34) S. H. v. Savigny a. a. O. S. 42. f.

35) Man sehe unter den neuern nur Höpfners Commentar über die Institutionen §. 293.

gebe es einen titulum traditionis und einen titulum praescriptionis. Z. B. ich kaufe im Buchladen ein Buch, und lasse mir es übergeben. Jetzt, sagt man, bin ich Eigenthümer. Mein titulus ist der Kauf, den ich mit dem Buchhändler geschlossen habe; denn dieser machte es mir möglich, Eigenthümer zu werden. Mein modus adquirendi aber ist die Tradition. Sie hat jene Möglichkeit in eine Wirklichkeit verwandelt, hat mich wirklich zum Eigenthümer gemacht. Wenn ich hingegen eine Sache durch die Verjährung der langen Zeit, nämlich durch einen Besitz von 3. 10. oder 20 Jahren erwerben will, so müsse auch ein Factum vorausgehen, das die Erwerbung durch diese Verjährung möglich macht, z. B. eine Schenkung. Dieses sey aber noch nicht hinreichend, weil hier ein solcher Fall vorausgesetzt wird, wo mir einer die Sache schenkt, der selbst nicht Eigenthümer ist, und also auch auf mich kein Eigenthum übertragen konnte. Ich müsse also die Sache eine Zeitlang ununterbrochen besitzen. Dieser fortgesetzte Besitz sey hier der modus adquirendi. Von dieser Theorie weicht unser Verfasser nur darin ab, daß er jene beyde Stücke blos zur derivativen Erwerbung des Eigenthums erfordert. Bey der ursprünglichen Erwerbung herrnloser Sachen hingegen nimmt er blos die occupatio als modus acquirendi an. Allein es ist schon von andern [36]) sehr gründlich gezeigt worden, daß sich nur bey den wenigsten Erwerbungsarten der titulus und

36) Man vergleiche hier Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Band. 11. Abh. Hugo civilistisches Magazin. 1. Band. S. 226. ff. und Schömann Handbuch des Civilrechts. 2. Band. Nr. VII. S. 144. ff.

und modus adquirendi unterscheiden lassen, und daß man sich ganz unrichtige, den Römern unbekannte Begriffe von der Sache gemacht habe. Nur allein bey der traditio und usucapio sprechen die Gesetze [37]) von einer iusta causa praecedens, propter quam traditio sequeretur, oder, wie man jetzt sagt, von einem titulus und modus acquirendi, und zwar aus Gründen, die schon in der Natur der Sache liegen. Denn beyde sind ausschließlich auf vertragsmäßige Verhältnisse zwischen dem bisherigen Besitzer und dem neuen Erwerber berechnet. So wie nun die Uebergabe an sich nie als ein für sich bestehender Rechtsgrund der Erwerbung des Eigenthums gelten kann, sondern es sich immer im vorkommenden Falle frägt, aus welchem Grunde die Uebergabe geschehen ist, daß durch dieselbe ein Eigenthum erworben werden kann; so verlangten die Römer auch ganz natürlich zur Erwerbung durch Usucapion, es sollten dem Besitz solche Handlungen vorhergegangen seyn, welche den jetzigen Inhaber nach den sonstigen Regeln des Rechts würden zum Eigenthümer gemacht haben, wenn der Vorgänger desselben wirklicher Eigenthümer der Sache, oder wenigstens zur Veräußerung derselben befugt gewesen wäre. Bey andern Erwerbhandlungen ist überall kein vertragsmäßiges Verhältniß vorhanden. Hier fallen also jene Unterscheidungen um so mehr weg, da sie keiner weitern Rechtfertigung bedürfen. Hier giebt es keinen vom modus unterschiedenen titulus acquirendi, weil jener zugleich die Stelle des letztern vertritt. So ist z. B. ein titulus occupationis, specificationis u. s. w. im Gegensatze eines hierbey ausser-

 dem

37) *L. 31. pr. D. de acquir. rer. dominio. L. 24. C. h. t.*

dem noch erforderlichen modi acquirendi im römischen Rechte etwas völlig unerhörtes. Ja wie viele Fälle giebt es nicht, wo das Eigenthum geradezu durch gesetzliche Verordnung von dem Einen auf den Andern übergeht, ohne daß von einem titulo und modo acquirendi die Frage seyn kann?

Die Frage, was gehört zur vollkommenen Erwerbung des Eigenthums? ist also nach richtigern Ansichten so zu beantworten. Man erwirbt das Eigenthum

1) in gewissen Fällen durch unmittelbare Verordnung der Gesetze. Dies ist die acquisitio dominii *ex lege*, seu quae fit *ipso iure*, von welcher Joh. Sal. Brunnquell [38]) eine eigene Dissertation geschrieben hat. Bey dieser Erwerbung, welche unmittelbar durch die Verordnung der Gesetze geschieht, lassen sich zwey Fälle gedenken.

a) Das Eigenthum einer Sache geht von dem einen auf den Andern ipso iure über, der es noch nie hatte. Dies nennt man den *transitus dominii legalis* [39]). Die Fälle, wo dieser eintritt, kommen vor bey der universellen Gütergemeinschaft, bey den mit dem Gelde des Pupillen oder eines Soldaten angeschaften Sachen, bey den Gütern, welche der überlebende Ehegatte durch Freygebigkeit des Verstorbenen erhalten hat, bey seiner Wiederverheyrathung aber seinen Kindern erster Ehe überlassen muß, ferner bey den dem Fiskus wegen einer begangenen Zolldefrau-

38) Diss. de acquisitione dominii ex lege. *Ienae* 1729.

39) *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de dominii aliorumque iurium transitu legali. *Tubingae* 1666.

defraudation verfallenen Gütern, auch bey dem Vermächtniß einer eigenen Sache des Testirers, u. s. w. [40]). Keinesweges aber ist, wie viele thun, der Fall hierher zu rechnen, wenn Jemand ein Geschäft mit dem Regenten schließt [41]).

b) Das Eigenthum fällt wieder an den vorigen Eigenthümer ipso iure zurück. *Reditus dominii legalis* [42]). Dieser tritt ein, wenn sich der vorige Eigenthümer auf einen gewissen Fall das Eigenthum vorbehalten hat [43]), oder dem Geschäfte eine Resolutivbedingung dergestalt ist beygefügt worden, daß ihre Existenz das Geschäft rückwärts vernichten soll, wie z. B. beym pacto commissorio, addictionis in diem, displicentiae [44]); oder wenn der emphyteuta zwey oder drey Jahre lang den Canon nicht bezahlt

40) *L. 1. in fin. D. pro socio. L. 2. D. Quando ex facto tutor. L. 8. C. de rei vindicat. L. 3. L. 7. et 8. Cod. de sec. nupt. Nov. XXII. c. 22. L. 14. D. de publican. et vectigal. L. 80. D. de legat. II. L. 64. in fin. D. de furt.*

41) S. *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de figmento translati ipso iure dominii ex promissis principum. *Halae* 1732.

42) *Mich.* GRASSI Tr. de reditu dominii legali. *Tubingae* 1724. 4. welcher eine gründliche Ausführung dieser Lehre enthält, ist aus zwey academischen Dissertationen, Tüb. 1692. und 1696. entstanden, die man gewöhnlich noch zu allegiren pflegt, da doch jener Tractat sehr vermehrt und verbessert ist.

43) THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 955.

44) *L. 3. D. de contrah. emt. L. fin. D. de lege commiss. L. 4. §. 3. L. 6. D. de addict. in diem. L. 41. pr. D. de rei vind L. 19. D. de usurpat. L. 2. §. 4. et 5. D. pro emt. L. 4. et 7. C. de pact. inter emt. et vendit. init.*

bezahlt hat[45]); auch beym Heyrathsgute nach getrennter Ehe[46]), ferner bey Vermächtnissen, die nur ad tempus, oder unter einer nicht erfüllten negativen Bedingung sind hinterlassen worden[47]).

2) Wer wahrer Eigenthümer einer Sache ist, erwirbt auch das Eigenthum an allem dem, was seine Sache hervorbringt, oder sonst daran erzeugt, oder durch Wirkung der Natur, oder durch Kunst, oder Zufall so damit verbunden wird, daß es nach den Gesetzen als ein Theil vom Ganzen angesehen werden kann[48]). Man nennt diese Erwerbart *accessio*. Die Erwerbung geschieht hier in dem Augenblick der Entstehung der accessorischen Sache, oder da die Verbindung derselben mit der Hauptsache vollendet ist, wozu aber bey angetriebenen Ländereyen, die die Wasserfluth irgendwo abgerissen hat, so wie bey fremden Pflanzen eine Coalition erfordert wird[49]). Von einem titulus kann hier gar keine Frage seyn. Nur bey Gemälden erwirbt der Maler das Eigenthum der Materie[50]); und wer absichtlich die Materie eines Andern so umstaltet, daß ihre vorige Gestalt nicht wieder hergestellt wer-

45) *L. 2. C. de iure emphyt.*

46) *L. 30. C. de iure dot.*

47) *L. fin. C. de legat. Nov. 22. c. 44. §. 6.*

48) *§. 19—23. §. 29. et 30. I. de rer. div. L. 23. §. 4. 5. et 6. et L. 61. D. de rei vind. L. 7. §. 3. L. 29. L. 30. §. 2. L. 65. §. 2. D. de acquir. rer. dom.*

49) *L. 7. §. 2. et 14. D. de acquir. rer. dom.*

50) *§. 33. I. de rer. div.*

werden kann, wird Eigenthümer des neuen Körpers, nicht der Herr der Materie [51]).

3) Wer von einer herrnlosen Sache Besitz ergreift, in der Absicht, sich dieselbe zuzueignen, erwirbt ohne weiteres das Eigenthum daran. Diese Erwerbart wird *occupatio* genennt. *Quod enim nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur* [52]). Wenn man hingegen

4) das Eigenthum an einer fremden Sache durch ein mit dem Besitzer derselben geschlossenes Geschäft erwerben will, so muß es entweder durch Uebergabe (*traditio*) oder durch Verjährung (*usucapio* s. *praescriptio*) geschehen. Es heißt ausdrücklich in den Gesetzen [53]): *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* Hier ist der Fall, wo sich der titulus und modus acquirendi unterscheiden läßt [54]). Jener ist die rechtmäßige Ursache, aus welcher Jemand die Uebergabe verlangen, oder eine Sache verjähren kann. Ohne daß eine solche iusta causa vorhergeht, kann man so wenig durch Uebergabe als durch Verjährung Eigenthümer werden. Paulus [55]) sagt ausdrücklich: Nunquam *nuda traditio* transfert dominium, sed ita, *si venditio*, *aut aliqua iusta causa praecesserit*, *propter quam traditio sequeretur*; und hiermit stimmen auch die Kaiser Diocletian und

Mari-

51) *§. 25. I. eodem.*

52) *L. 3. D. de acquir. rer. dom.*

53) *L. 20. Cod. de pactis.*

54) Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 45. und §. 53.

55) *L. 31. pr. D. de acquir. rer. dom.*

Maximian [56]) überein, wenn sie sagen: *Nullo iusto titulo praecedente* possidentes, ratio iuris quaerere dominium prohibet. Idcirco cum etiam *usucapio* cesset, intentio dominii nunquam absumitur. Wenn man also

a) durch eine Uebergabe von Seiten des Eigenthümers, oder wer sonst dazu berechtiget ist, die Proprietät an einer Sache erwerben soll, so muß eine Forderung (*obligatio*) vorhergehen, die eine Veräußerung bezweckt. Diese Forderung, vermöge welcher man die Uebergabe verlangen kann, heißt der Titel zur Uebergabe, (*titulus traditionis*) oder, wie das angeführte Gesetz sagt, *iusta causa praecedens*, propter quam traditio sequeretur. Die Uebergabe selbst aber, oder das Factum, wodurch mir der Besitz der Sache vom Eigenthümer, oder wer sonst zur Veräußerung befugt ist, in Gemäßheit einer auf das Eigenthum gerichteten Forderung eingeräumt wird, ist der modus acquirendi, die Erwerbhandlung, die Erwerbungsart [57]). Durch diese wird die

56) *L. 24. Cod. de rei vindicat.*

57) In den Gesetzen wird hier die causa traditionis von der Uebergabe selbst deutlich unterschieden. Justinian sagt *§. 40. I. de rer. div.* Per *traditionem* quoque iure naturali res nobis acquiruntur. — Siquidem *ex causa donationis* aut *dotis*, aut *qualibet alia ex causa* tradantur, sine dubio transferuntur. und *L. 4. C. de contrab. emt.* heißt es: Cum res tibi donatas ab herede donatricis tibi distractas esse proponas, intelligere debueras, duplicari tibi *titulum* possessionis non potuisse, sed *ex donatione et traditione dominum factum* te frustra emisse, cum rei propriae emtio non possit consistere. THEOPHILUS in Paraphrasi graeca Institut. ad §. 40. de rer. div. erfordert zur Erwer=

die Acquisition erst vollendet, der titulus an sich giebt hier nur ein ius in personam. Es ist also, wie Herr Prof. Hugo [58]) ganz richtig bemerkt, nur bey der Erwerbung durch Uebergabe die causa praecedens eine *obligatio*, sonst nirgends. Daß übrigens die Entstehung der Forderung und die Uebergabe, immer der Zeit nach verschieden seyn müßten, d. h. daß die Forderung schon eine Zeitlang gedauert habe, ehe derselben durch die Tradition ein Genüge geschieht, ist nicht wesentlich, die Forderung kann auch durch eben die Handlung entstehen, durch welche sie erfüllet wird, wie z. B. bey einem Geschenk, oder bey einem Darlehn, die vorher nicht versprochen waren [59]). Auch die Erwerbung der Früchte durch die Perception, welche bey dem Pächter, Fructuar, und überhaupt jedem vorkommt, der sein Recht auf die Früchte von dem des Eigenthümers ableitet, gehört hierher. In dem Pacht liegt in Beziehung auf die Früchte, theils die iusta causa dominii quaerendi, theils die Erlaubniß, selbst Besitz zu ergreifen, folglich ist die Apprehension eine wahre Tradition,

werbung durch die Uebergabe, *ut animo transferendi dominii fiat traditio.* Unter diesem animus transferendi dominii steckt hier ohne Zweifel die causa praecedens; und diese hat auch wohl Pomponius im Sinne gehabt, wenn er *L. 11. D. de div. reg. iur. ant.* sagt: Id, quod nostrum est, *sine facto nostro*, ad alium transferri non potest. Der Grund von dieser iusta causa traditionis ist, ne invitus quis aut inscius re sua privetur. *L. 35. D. de acquir. rer. domin.* S. *B.* BRANCHU Observation. ad ius Rom. Dec. alt. cap. 19. pag. 157. seq.

58) Civilist. Magazin 1. B. S. 229.

59) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 45. Not. 1.

tion, durch welche das Eigenthum der Früchte von dem Eigenthümer der Hauptsache auf den Pächter übergeht[60]).

b) Wenn mir hingegen Jemand, der nicht Eigenthümer der Sache ist, den ich aber bona fide dafür halte, die vermeinte Proprietät aus einer Ursache überläßt, welche sonst sogleich das Eigenthum geben würde, so erlange ich durch die Uebergabe kein Eigenthum, sondern blos die Fähigkeit, dasselbe durch fortgesetzten Besitz zu erwerben. Diese Uebergabe zusammen mit der vorhergehenden Forderung, macht hier den Titel zur Verjährung (*titulus praescriptionis*) aus, und was nun noch geschehen muß, wenn man die Sache usucapiren will, nämlich die Fortsetzung des Besitzes während der gesetzlich bestimmten Zeit, den modus acquirendi. Hier heißt nun zwar der Titel zur Verjährung eben so, wie die causa praecedens bey der Tradition. Denn man sagt nicht, wenn man die Sache verjähren will, man besitze sie pro tradito, weil eine Uebergabe ohne vorhergehende Forderung nicht zum Eigenthümer macht, sondern man nennt die causa praecedens selbst, auf welche hin die traditio erfolgt ist, also man besitze pro emto, pro donato, pro dote u. s. w. Allein darin ist doch der Titel bey der Verjährung von der causa praecedens bey der Tradition wesentlich unterschieden, daß dort die Uebergabe selbst noch mit zum Titel gehört, bey der Tradition aber die bloße Entstehung der Forderung den sogenannten Titel, und die Uebergabe die Erwerbungsart ausmacht[61]).

Eine

60) S. Hrn. von Savigny Abhandl. von Besitz §. 22.a. Nr. II. der zweyten Ausgabe. Giessen 1806. 8.

61) Man vergleiche hier vorzüglich Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 53. Not. 1. (Berlin 1805. 8.)

Eine der Verjährung gleiche Wirkung legen die Gesetze der Consumtion bey, welche bey fungiblen Sachen als ein Erwerbungsgrund anerkannt ist. Sie hat Statt,

1) wenn Jemand Gelder pro soluto, oder als ein Darlehn ohne Wissen und Willen des Eigenthümers, oder von einem solchen Eigenthümer bona fide erhalten hat, der die Fähigkeit, das Darlehn zu geben, oder die Zahlung zu leisten nicht hatte [62]). Die Consumtion, wodurch hier der Empfänger das Eigenthum erwirbt, geschieht nicht nur, wenn das Geld ausgegeben ist, sondern auch, wenn es der Empfänger mit seinem Gelde vermischt hat, so daß es nun nicht mehr unterschieden werden kann [63]).

2) Durch

62) *L. 11. §. 2. L. 12. L. 13. pr. et §. 1. L. 14. L. 19. §. 1. D. de rebus credit. L. 78. D. de solut.* CUJACIUS lib. XIII. Observat. cap. 28. HUBERI Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 8. §. 4. et ad Pand. Lib. XII. Tit. 1. §. 5. AVERANIUS Observat. iur. Lib. III. cap. 12. nr. 5. BRANCHU Observat. ad ius Rom. Dec. II. cap. 16. pag. 113. seqq. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. Tit. de rebus credit. Nr. XV. pag. 350. et Tit. de SCto Macedon. Nr. XV. not. b. pag. 416. Anderer Meinung ist jedoch NOODT in Comm. ad Dig. Lib. XII. Tit. 1. pag. 273. welcher unter der condictio in den angeführten Gesetzstellen die condictio sine causa verstehen will. Ich werde davon in Tit. de rebus creditis §. 781. mit Mehrerem handeln.

63) *L. 78. D. de solut.* Si *alieni nummi* inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt. Si *mixti* essent, ita ut discerni non possent: *eius fieri, qui accepit,* in *libris* CAJI scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.

2) Durch die Consumtion erlangt auch der bonae fidei possessor ein unwiderrufliches Eigenthum an den percipirten Früchten, so gut als durch die Usucapion[64]). Zwar sagt Paulus[65]): Fructus, priusquam percipiat, *statim ubi a solo separati sunt*, bonae fidei emtoris sunt. Allein dieses Eigenthum, was der bonae fidei possessor durch die bloße Absonderung, auch ohne eigene Apprehension, an den Früchten erwirbt, ist nur ein revocables, wenn vor geschehener Consumtion oder Usucapion der wahre Eigenthümer die Sache vindicirt, wie Paulus in den Worten: *Bonae fidei emtor* non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos *interim* facit, deutlich genug zu verstehen giebt.

§. 580. u. 581.

Erwerbung des Eigenthums durch Uebergabe. Begriff und Eintheilungen der Tradition.

Die Erwerbung des Eigenthums durch die Uebergabe ist wohl unstreitig die gewöhnlichste und wichtigste, und verdient daher noch eine nähere Betrachtung[66]). Im

64) *§. 35. I. de rer. div. L. 4. §. 2. D. fin. reg. L. 40. in fin. D. de acquir. rer. dom. L. 4. §. 19. D. de usurpat.* Anderer Meinung ist zwar GALVANUS de Usufructu Cap. XXVIII. nr. X. pag. 340. Allein man sehe GMELIN Diss. fructuum perceptio modis adquirendi dominii vindicata seu potius restituta. *Tubingae* 1800. §. 13.

65) *L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. L. 13. D. Quib. mod. ususfr. amitt.* S. von Savigny vom Besitz §. 22. a. nr. III.

66) Ueber diese Materie sind die vorzüglichsten Schriften *Io. Andr.* FROMMANN Disp. de traditione, qua est modus acquirendi domi-

Im allgemeinen Sinne versteht man unter *Traditio* eine Handlung, wodurch der Besitz einer körperlichen Sache in der Absicht auf den Andern übertragen wird, daß dieser ein dingliches Recht an der Sache erhalte. In dieser Bedeutung kommt das Wort auch bey solchen Contracten vor, worin die Absicht, das Eigenthum zu übertragen, nicht Statt findet, wie z. B. beym Pfandcontract [67]), und wird auch vom Nichteigenthümer gebraucht [68]). Allein in dem Sinne, in welchem wir hier von der Tradition reden, verstehen wir darunter diejenige Erwerbungsart, da der Besitz einer körperlichen Sache vom Eigenthümer oder desselben Stellvertreter einem Andern in der Absicht eingeräumt wird, daß dieser, in Gemäßheit einer auf die Uebertragung des Eigenthums gerichteten Forderung, von jetzt an Eigenthümer davon werden soll [69]).

Die

dominium, eaque vera potissimum. *Tubingae* 1661. Ebendesselben Disp. de ficta, seu quasi traditione. *Tub.* 1662. und *Franc.* RIGANTI Diss. de transferendo rerum dominio. *Romae* 1781. 4. Man vergleiche auch Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 466. ff. Unbedeutend ist *Io. Bern.* FRIESEN Diss. de acquisitione per traditionem. *Ienae* 1711.

67) *L.* 1. *pr.* *L.* 9. §. 2. *D. de pign. act.* §. 7. *I. de action.*

68) §. 4. *I. de act.* *L.* 1. *pr. D. de publ. in rem act.*

69) Die beyden Hauptstellen, welche davon handeln, sind §. 40. *seqq. I. de rer. div.* und *L.* 9. §. 3. *seqq. D. de acquir. rer. domin.* Justinian sagt in jener Stelle: Per *traditionem* quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam *voluntatem domini*, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: et ideo, cuiuscumque generis sit *corporalis res*, tradi potest, et *a domino* tra-

Die Tradition erfordert nun

1) eine äusserliche in die Sinne fallende Handlung, wodurch ich dem Andern entweder unmittelbar den Besitz einräume, oder ihn wenigstens in den Stand setze, den Besitz zu ergreifen. Besteht diese Handlung in einer unmittelbaren körperlichen Berührung der Sache selbst, deren Eigenthum man dem Andern überlassen will, also in einer wirklichen Ergreifung des Besitzes, so wird sie gewöhnlich eine wahre oder eigentliche und körperliche Uebergabe (traditio *vera* seu *propria*) genennt, welche bey beweglichen Sachen durch ein in die Hand Geben, oder Ergreifen mit der Hand, und bey Grundstücken durch ein Eingehen in dasselbe und Betreten mit den Füßen geschieht. Eine jede andere Uebergabe hingegen, welche ohne eine solche körperliche Berührung der zu übergebenden Sache selbst geschieht, nennt man eine uneigentliche oder erdichtete Uebergabe (traditio *ficta* seu *impropria*) [70]. Allein die Gesetze beschränken nirgends den

tradita, *alienatur*. — §. 42. Nihil autem interest, utrum *ipse dominus* tradat alicui rem suam, an voluntate eius *alius*, [cui eius rei possessio permissa sit.] §. 43. Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit a domino, isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, faciet eam accipientis. Eben so heißt es in der angef. *L. 9.* Auf diesen Begriff von Tradition bezieht sich das, was Javolen sagt: *L. 16. D. de peric. et commodo rei vend.* Non videtur *traditus* is, cuius possessio per locationem retinetur a venditore. Es war nämlich ausgemacht worden, daß der Käufer den Sclaven so lange nur als *conductum* besitzen sollte, donec pretium solveret.

70) Man sehe HUBERI Praelect. ad Instit. Lib. II. Tit. 1. §. 41. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 939. u. 940. ff. und Schmalz Handbuch des römischen Privatrechts §. 199.

den Begriff der Tradition auf ein körperliches Berühren der Sache [71]), sondern setzen das Wesen der körperlichen Handlung, welche zur Uebergabe und Erwerb des Besitzes nöthig ist, bloß in eine physische Möglichkeit, durch den Willen des Eigenthümers auf die Sache unmittelbar zu wirken, und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen [72]). Körperliche Gegenwart und Wille des Eigenthümers macht auf diese Weise den Besitz möglich bey jeder Uebergabe. Daher ist

a) bey der Uebergabe eines Grundstücks nicht gerade nöthig, daß der Tradent den Erwerber hinführe, und die-

71) Dieß soll auch der Begriff, welchen THEOPHILUS in Paraphr. graeca Institut. ad §. 40. I. de rerum divis. giebt, wenn er sagt: *Traditio* est de manu in manum translatio (ἡ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις) anzeigen, welchen daher Cujaz Observat. lib. XI. c. 19. und HUBER in Praelect. ad Institut. Tit. de rer. divis. §. 36. pag. 142. mit Unrecht tadeln. Was auch schon *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 40. I. de R. D. und REITZ ad Theoph. Tom. I. pag. 249. zur Vertheidigung des Paraphrasten gesagt haben, so scheint mir so viel gewiß zu seyn, daß das Wort *manus* hier nichts anders als Gewalt oder potestas heißen, und daher ohne Zweifel die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken, anzeigen soll. Die Formel *de manu in manum* scheint den Römern für den Begriff der Uebergabe ganz passend gewesen zu seyn, wie aus CICERO *Epist. fam.* lib. VII. 5. erhellet.

72) Man sehe hier vorzüglich v. Savigny Recht des Besitzes §. 14. S. 186. ff. Dieselbe Idee hatte auch schon *Barth.* CHESIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 36. nr. 3. wo er sagt: *Possessio vero acquiritur, et sine aliquo contactu, dummodo in potestate sit eius, qui acquirit, si velit rem, et manu attingere, nec aliquis sit, qui ei resistat.*

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

dieser in das Grundstück eingehe. Genug wenn der Erwerber desselben dabey steht, und der vorige Eigenthümer erklärt in Gegenwart der Sache, daß er ihm den leeren Besitz davon einräume. Celsus sagt[73]: Si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstret, vacuamque se tradere possessionem dicat: *non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.* Noch weniger ist es nöthig, daß der Erwerber, wenn er in das Grundstück eingegangen ist, jeden Theil desselben durchwandle. Genug wenn er sich in dem Grundstücke befindet, denn die unmittelbare Nähe macht es ihm nun möglich, jedes beliebige Stück augenblicklich nicht nur zu betreten, sondern auch auf jede andere Art zu behandeln [74]).

b) Auch bey der Uebergabe beweglicher Sachen kann ohne Hingeben und wirkliches Ergreifen dennoch Besitz erworben werden, wenn nur die Sache gegenwärtig ist, so daß sie in jedem Augenblick der Erwerber ergreifen kann. Die unmittelbare Gegenwart ist auch hier, wie bey unbeweglichen Sachen, was die Stelle des wirklichen Ergreifens, ohne alle juristische Fiction, vertreten kann.

Eine ganz gewöhnliche Handlung der Tradition ist daher die, wenn der Empfänger die Sache, die ihm übergeben werden soll, von dem Tradenten vor sich hinlegen läßt,

73) *L. 18. §. 2. D. de acquir. vel amitt. possess.*

74) *L. 3. §. 1. D. eod.* CHESIUS c. l. nr. 15. sagt: *Nempe quia iam fundus in ipsius potestate est, in potestate etiam eius est, omnes glebas circumambulare. Quaenam ergo superstitio esset, ut teneretur glebas omnes circumambulare, ad possessionem acquirendam, cum res iam in potestate illius sit, nemine possessionem contendente.*

Bayerische Staatsbibliothek München

läßt, welches in der Sprache der Römer *traditio longa manu* genennt wird. Hierher gehört, wenn **Javolen** [75]) sagt: Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, *si in conspectu meo ponere te iubeam*, efficitur, ut et tu statim libereris, et *mea esse incipiat.* Nam tum quod a nullo corporaliter eius rei possessio detineretur, *adquisita mibi*, et quodammodo *manu longa tradita* existimanda est. Ja mit Recht tadelt derselbe **Javolen** den **Labeo** [76]), wenn dieser behaupten will, der Besitz werde in dem Falle solo animo, d. i. ohne körperliche Handlung, erworben, da der Verkäufer den Käufer die ihm verkaufte Sache wegnehmen heißt, und der Käufer sie hierauf selbst bewacht, oder durch einen Andern bewachen läßt. Fehlt gleich hier körperliche Berührung, so ist doch ipsa *corporis traditio*, das ist, die körperliche Handlung allerdings vorhanden, die zum Erwerb des Besitzes nöthig ist.

75) *L. 79. D. de Solutionib.*

76) *L. 51. D. de acquir. vel amitt. poss.* Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait *Labeo:* veluti si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me iusserit: simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. Sed videamus, inquit (sc. *Iavolenus*), ne haec *ipsa corporis traditio* sit, quia nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet iusserim, custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, *etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt*, nihilominus *traditae* videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat: utrobique *animi quodam genere possessio erit aestimanda.* Man sehe über diese Stelle von **Savigny** in der Abh. vom Besitz §. 16. S. 195. f.

Befindet sich die Sache in einem verschlossenen Gebäude, so erlangt man daran das Eigenthum in dem Augenblick, da von dem Eigenthümer, der uns die Sache verkauft hat, die Schlüssel zum Gebäude übergeben sind. Denn nun erst ist man in dem Stande, die Sache in jedem Augenblick zu ergreifen und an sich zu nehmen [77]), und es ist zum Erwerb des Eigenthums und des Besitzes nicht erforderlich, daß man das Gebäude auch schon mit dem Schlüssel geöffnet habe. Nur das ist nöthig, daß die Uebergabe der Schlüssel in Gegenwart der Sache vor sich gehe, damit das factum apprehensionis vollends ausser allem Zweifel sey. Alles dies bestätigen folgende Gesetzstellen ganz klar.

1) *L. 9. §. 6. D. de acquir. rer. dom.*

Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, *simulatque claves horrei tradiderit emtori*, transfert proprietatem mercium ad emtorem.

2) *L. 1. §. 21. D. de acquir. possess.*

Vina *tradita* videri, *cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint.*

3) *L. 74. D. de contrah. emt.*

Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, *si claves apud horrea traditae sunt*: quo facto confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, *etsi non aperuerit horrea.*

Fast

77) Aus diesem Gesichtspuncte betrachtet auch CHESIUS c. l. nr. 9. die Sache: *nempe*, sagt er, *quia iam nullo negotio posset horreum ingredi, et manibus etiam merces contrectare.* Man sehe auch v. Savigny §. 16. S. 200. ff.

Fast alle Rechtsgelehrten haben hieraus eine eigene Art der fingirten Uebergabe machen wollen, die die gemeine Theorie die symbolische nennt, und welche durch Uebergabe eines gewissen Zeichens oder Symbols geschieht, wodurch die wirklich zu übergebende Sache vorgestellet wird [78]). Die Schlüssel sollen nur Beyspielsweise im römischen Rechte genannt seyn, denn auch jede andere Sache könne eben so gut, als Zeichen, gebraucht werden. Man rechnet daher auch zu den symbolischen Uebergaben, wenn, statt der Sache, die das Eigenthum des Veräußernden beweisende Urkunde dem Erwerber derselben übergeben wird, und meint, die Bestätigung hiervon in einer Stelle des Codex [79]) gefunden zu haben, worin es heißt: Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. Allein eine symbolische Tradition streitet ganz gegen die Analogie des römischen Rechts. Zwar kommen allerdings symbolische Handlungen im römischen Rechte vor. Allein gerade solche Handlungen, bey welchen sich wirklich positive Formen finden, sind dem römischen Rechte ganz eigenthümlich, man denke an die Mancipation, Manumission u. dgl. Bey allen juristischen

 Hand-

78) *Bernh. Lud.* MOLLENBEC Specim. iurid. de traditione symbolica. *Giessae* 1708. *Io. God.* SCHAUMBURG Diss. de tradit. symbol. *Vitemb.* 1727. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 942. Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts §. 199. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen §. 471. u. a. m.

79) *L. 1. C. de donat.*

Handlungen hingegen, die auch bey andern Völkern gewöhnlich waren, z. B. Kauf, Pacht u. dgl. wurden solche positive Formen durchaus nicht gebraucht. Nun ist der Besitz, dessen Uebertragung durch die Tradition beabsichtiget wird, an sich noch viel weniger juristisch, als die Geschäfte dieser zweyten Art, ja er ist ursprünglich gar kein juristisches Verhältniß. Es wäre also gegen alle Analogie, wenn der Erwerb des Besitzes durch symbolische Handlungen vor sich gehen könnte [80]). Es ist auch in den angeführten Gesetzen von solchen symbolischen Handlungen gar keine Rede. Denn daß die Uebergabe der Schlüssel eine ganz andere Beziehung habe, ist bereits gezeigt worden. Und was es mit der Uebergabe der Urkunden in dem angeführten Gesetz für eine Bewandniß habe, wird in der Folge gezeigt werden.

Zuweilen hat der Andere schon die physische Detention der Sache, deren Eigenthum man ihm überlassen will. Z. B. ich habe ihm die Sache geliehen, oder vermiethet, oder in Verwahrung gegeben, und nachher verkaufe ich ihm dieselbige Sache. Hier, wo für das Factum der Besitzerwerbung nichts neues zu thun nöthig ist, ist die bloße Erklärung des Eigenthümers zur Uebertragung des Eigenthums hinreichend, oder wenn ich selbst nicht Eigenthümer bin, so geht wenigstens durch den Verkauf der Sache der Civilbesitz auf den bisherigen bloßen Detentor über, welcher zur Usucapion führt. In beyden Fällen aber erwirbt der Detentor den juristischen Besitz durch

80) Man sehe hier vorzüglich v. Savigny Abh. vom Besitz §. 14. S. 184. f.

durch den bloßen animus [81]). Man nennt eine solche Uebertragung, die durch die bloße Willensbestimmung in einem solchen Falle geschiehet, wo das zur Besitzerwerbung erforderliche physische Verhältniß schon vorher existirt, eine *traditio brevi manu* [82]). Hierauf beziehen sich folgende Stellen.

1) *L.* 9. §. 5. *D. de acquirendo rer. dom.*

Interdum etiam *sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam:* veluti si rem, quam commodavi, aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim *ex ea causa* tibi non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, *tuam efficio.*

2) *L.* 9. §. 1. *D. de public. in rem act.*

Si quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam: *pro tradita* erit accipienda, si post emtionem apud eum remansit.

3) *L.* 62. *pr. D. de evict.*

Si rem, quae *apud te* [83]) esset, vendidissem tibi, *quia pro tradita habetur*, evictionis nomine me obligari placet.

 4) *L.* 9.

81) *L.* 3. §. 3. *D. de acquir. poss.* v. Savigny Recht des Besitzes §. 19.

82) THIBAUT System des P. R. I. B. §. 301. a. E. *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 3. pag. 720.

83) *Apud te* est, sagt *L.* 63. *D. de V. Sign.* quod qualiter qualiter a te teneatur. Es ist verschieden von *penes te est,* dies wird nur von dem juristischen Besitzer der Sache gebraucht.

4) *L.* 9. §. 9. *D. de rebus credit.*

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: *Nerva*, *Proculus*, etiam *antequam moveantur* [84]), condicere, quasi mutua, tibi haec posse aiunt. Et est verum, ut et *Marcello* videtur. *Animo enim coepit possidere:* ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici.

Bey dieser traditio brevi manu ist nicht nöthig, daß die Sache **gegenwärtig** seyn müsse [85]). Es sagt vielmehr **Pomponius** [86]): Si rem meam possideas, et eam *velim* tuam esse, *fiet tua*, quamvis possessio apud me non fuerit. Diesem ist auch **Paulus** [87]) nicht entgegen, wenn er sagt: Eius rei, quae per in rem actionem petita, tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse

84) Die Worte *etiam antequam moveantur*, zeigen an, daß kein neues factum apprehensionis in diesem Falle erforderlich sey. Ein anders wäre, wenn nicht erst nachher, sondern gleich bey der Deposition des Geldes dem Depositar der Gebrauch desselben auf den Fall wäre erlaubt worden, *si vellet ea pecunia uti*. Denn hier ist das wirkliche Brauchen des Geldes die Bedingung, ohne welche **nach dem Willen der Partheyen** selbst gar nicht von einem mutuum die Rede seyn konnte, von welchem Falle die *L. 10. D. eodem* redet, wo es heißt: Quodsi ab initio cum deponerem, uti tibi, *si voles*, permisero, creditam non esse, *antequam mota sit:* quoniam debitu iri non est certum.

85) S. von **Savigny** §. 19. Not. 1. S. 223.

86) *L. 21. §. 1. D. de acquir. rer. dom.*

87) *L. 46. et L. 47. D. h. t.*

egisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit. Haec, *si res praesens* sit: si absens, tunc, cum possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris. Denn *res praesens* heißt hier, wie es Averanius [88]) ganz richtig erklärt, ea, quae est in potestate rei conventi, und bezieht sich auf die ehemalige Förmlichkeit des Verfahrens bey der Reivindication, bey welcher man sich die Sache durch eine ficta et imaginaria profectio als gegenwärtig vorstellte, wenn sie der Beklagte in Besitz hatte [89]). *Res absens* heißt also eine Sache, die nicht in dem Besitz des Beklagten ist, quia tunc agitur ad puniendum dolum rei, wie Averanius [90]) sagt, ac reus condemnatur ad praestandam litis aestimationem, non tam propter rem possessam, quam propter *dolum*, qui *pro possessione* habetur [91]). Es ist also hier offenbar die Rede von einem fictus possessor, qui aut liti se obtulit, aut desiit dolo possidere, der also nicht wirklich Besitzer ist, sondern nur in poenam doli dafür angesehen wird, wie aus den nachfolgenden Worten, *cum possessionem eius nactus sit*, genugsam erhellet.

So wie nun bey der brevi manu traditio der, welcher bisher die bloße Detention ohne juristischen Besitz hatte, durch den bloßen Willen des Eigenthümers, ohne neues

88) Interpretat. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 6. sq.

89) Averanius hat diese Erklärung aus Stellen des Gellius und Cicero sehr gründlich dargethan. Man sehe besonders a. a. O. nr. 10 — 14. pag. 96. sq.

90) c. l. nr. 15. pag. 97.

91) *L. 131. D. de div. reg. iur. L. 150. D. eodem.*

neues factum apprehensionis, den juristischen Besitz und das Eigenthum erwirbt; so kann sich auch umgekehrt durch bloßes Wollen des Eigenthümers der juristische Besitz in eine bloße Detention verwandeln, und durch bloßen Vertrag das Recht des Besitzes selbst und des Eigenthums unmittelbar auf eine andere Person übertragen werden. Man nennt diesen Vertrag, wodurch der Eigenthümer erklärt, daß er eine Sache, welche er bis auf diesen Augenblick im eignen Namen besaß, nunmehr auf fremden Namen besitzen wolle, *Constitutum possessorium*, eine Benennung, die zwar bey den Römern nicht vorkommt, wohl aber die Sache selbst, woran uns folgende Stelle des Celsus [92]) nicht zweifeln läßt: Quod *meo nomine* possideo, possum *alieno nomine* possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed *desino possidere*, et *alium possessorem ministerio meo facio.* Nec idem est possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cuius nomine possidetur. *Procurator alienae possessioni praestat ministerium.* Man sieht hieraus, daß das constitutum possessorium auf den Grundsatz beruhet, daß man auch durch Mittelspersonen den Besitz erwerben kann [93]). Denn der bisherige juristische Besitzer wird Re-

92) *L. 18. pr. D. de acquir. poss.* S. *God.* MASCOV Diss. de constituto possessorio. *Harderov.* 1733. und in *Opusc.* a PÜTTMANNO edit. pag. 101. Ohne Grund haben alles constitutum abgeläugnet GIPHANIUS ad L. 10. D. de donat. nr. 10. seq. in *Lectur. Altorphin.* pag. 120. sq. und *Hier. Frid.* SCHORCH in Diss. de constituto possessorio in LL. Rom. non fundato. *Erfordiae* 1732. Man sehe hier vorzüglich v. Savigny §. 27.

93) *L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom. L. 41. D. de usurpat.* v. Savigny §. 26.

Repräsentant eines fremden Besitzes. Die Erklärung des Eigenthümers kann nun entweder ausdrücklich mit Worten geschehen, oder stillschweigend durch Handlungen, aus denen ein constitutum nothwendig folgt. Dahin gehört,

a) wenn man sich von einer verschenkten oder verkauften Sache den Nießbrauch vorbehält. Hier hat man durch ein constitutum den Besitz und das Eigenthum auf den Andern wirklich übertragen, und verwaltet von jetzt an, wie jeder Fructuar, einen fremden Besitz [94]).

b) Wenn man eine Sache verschenkt und zugleich miethet. Hier ist über den Besitz nichts ausdrücklich erklärt, allein indem ich will, daß gleich jetzt ein Pacht zwischen mir und dem Donatar existiren soll, so hat dies die nothwendige Folge, daß der Donatar Besitzer und Eigenthümer wird, ich aber blos Verwalter des fremden Besitzes bin; es ist also hier stillschweigend ein constitutum eingegangen [95]).

c) Wenn

94) *L. 28. C. de donat.* Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo, *usumfructum eius retinuerit:* etiamsi stipulatus non fuerit, *eam continuo tradidisse* credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio: *sed omnimodo idem sit in his causis, usumfructum retinere, quod tradere.* Add. *L. 35. §. 5. Cod. eodem.* Vid. GIPHANIUS ad L. cit. 28. Cod. in *Lectur. Altorphin.* pag. 197. von Savigny S. 311. Not. 2.

95) *L. 77. D. de rei vind.* Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi, *in rem* ei competere, *quasi per ipsam adquisierit possessionem,* veluti per *colonam.* Proponebatur, quod etiam in eo

c) Wenn bey einem auf Uebertragung des Eigenthums abzweckenden Geschäft, statt der Sache, die die Eigenthumsrechte des Veräußernden beweisenden Urkunden übergeben werden. Von diesem Falle eines stillschweigenden Constitutums redet die oben angeführte *L.* 1. *C. de donat.* nicht aber von einer symbolischen Tradition, die man hier, wie in mehreren andern schon oben vorgekommenen Stellen, gefunden zu haben geglaubt hat. In der Uebergabe des Kaufbriefs über die verschenkte Sache liegt die Erklärung, daß das Eigenthum hierdurch auf den Donatar übertragen seyn solle. Der Donator behält von jetzt an nur die Detention, und der Donatar kann nun selbst gegen den Donator in rem klagen. Nach der Erklärung der Glosse [96]) soll zwar die Uebergabe der Urkunden in Gegenwart der veräußerten Sache geschehen, wenn der Besitz auf den Empfänger derselben übergehen soll. Allein das Gesetz selbst giebt zu dieser Erklärung keine Veranlassung [97]).

Ausserdem wird das Constitutum im Zweifel nicht vermuthet. Wenn daher derjenige, welcher dem Andern eine Sache geschenkt hat, dem Donatar in einem Schreiben erklärt hätte, er wolle hiermit die Sache übergeben haben, so ist diese Erklärung nicht so zu interpretiren, daß der Dona-

eo agro, qui donabatur, fuisset, cum epistola emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

96) Accursius sagt ad L. 1. C. de donat. v. *instrumentis* sc. praesentibus servis datis.

97) S. FROMMANN Diss. de ficta s. quasi traditione §. 35. p. 40. et §. 48. in fin. THIBAUT System des P. R. 1. B. §. 303. a. E.

Donator von jetzt an, als procurator alienae possessionis betrachtet werde. Nein, sondern es ist nur dem Donatar erlaubt, in jedem Augenblick selbst Besitz zu ergreifen, und dadurch Eigenthümer zu werden [98]).

2) Die Tradition kann ihrer Natur nach nur körperliche Sachen zum Gegenstande haben. Denn der Besitz findet nur bey körperlichen Sachen Statt, der hier übertragen werden soll [99]). Theophilus [100]) führt daher als ein Haupterforderniß der Uebergabe an, σωματικὸν εἶναι τὸ τραδιτευόμενον, d. i. *ut corporale sit, quod traditur*; und setzt hinzu: *Corporale quidem ideo dixi, quoniam incorporalia, tactus haud capacia, traditionem non recipiunt.* Bey unkörperlichen Dingen, z. B. bey Servituten, findet keine eigentliche Tradition Statt, sondern hier ist die Ausübung auf Seiten des Erwerbenden mit Erlaubniß des Andern, der das Recht ertheilt, statt der Tradition*). Man pflegt dies eine Quasitradition zu nennen, wenn man das Recht, was uns ein Anderer auf seinem Eigenthume ertheilt hat, mit dessen Wissen und Willen zum erstenmal ausübt. Bey manchen Rechten ist nicht einmal diese nöthig, z. B. bey negativen Servituten, bey der Hypothek.

3) Die Tradition erfordert einen leeren Besitz (possessio vacua), das heißt, die Sache muß sich nicht in

98) *L. 48. D. de acquir. poss.* S. v. Savigny §. 27. S. 309. f.

99) *L. 3. pr. D. de acquir. poss.* Possideri possunt, quae sunt *corporalia. L. 4. §. 27. D. de usurpat.* nec possideri intelligitur *ius incorporale.*

100) Paraphr. graec. Institut. ad §. 40. I. de rerum divis.

*) *L. 43. §. 1. D. de acquir. rer. dom.*

in dem Besitz eines Andern befinden, weil sonst vor Entsetzung desselben die Uebergabe den Besitz nicht überträgt [1]).

§. 582.

Erfordernisse der Tradition zur Erwerbung des Eigenthums.

Soll nun durch die Uebergabe ein Eigenthum erworben werden, so wird dazu

A) von Seiten des Tradenten erfordert,

1) daß er Eigenthümer sey, und die Fähigkeit habe, gültige Rechtsgeschäfte überhaupt vorzunehmen, insbesondere aber etwas zu veräußern. Er muß also die freye Disposition über sein Vermögen haben. Daher kann kein Pupill oder Minderjähriger, oder gerichtlich erklärter Verschwender, ohne Zustimmung seines Vormunds oder Curators, gültig tradiren [2]). Der Nichteigenthümer giebt durch seine Tradition das Eigenthum nur alsdann, wenn er im Namen des Eigenthümers handeln darf, wie z. B. der Bevollmächtigte [3]), der hypothekarische Gläubiger,

1) *L. 12. Cod. de probat. L. 13. C. de distr. pignor.* von Savigny Recht des Besitzes §. 11. S. 132. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 301.

2) *§. 2. I. Quib. alien. licet vel non. L. 6. D. de Verb. obligat.*

3) Nicht nur ein Specialbevollmächtigter, sondern auch ein solcher, dem eine allgemeine freye Gewalt zur Besorgung aller Geschäfte vom Eigenthümer ertheilt worden ist, ist zur Uebergabe befugt. *L. 9. §. 4. D. de acquir. rer. dom. §. 42. et §. 43. I. de rer. divis.* Es muß nur, wie in diesen Stellen ausdrücklich gesagt wird, die Veräußerung um der Geschäfte willen oder bey Gelegenheit derselben geschehen seyn;

ger [4]), der Vormund [5]), der Richter bey der Execution. Ein anderer Nichteigenthümer versetzt durch seine Tradition den Empfänger blos in die Lage, die Sache zu usucapiren, wenn die Erfordernisse der Verjährung vorhanden sind. Ein Recht hingegen, das er selbst nicht hat, kann er auch auf einen Andern nicht übertragen [6]). Wenn jedoch der Nichteigenthümer nachher des Eigenthümers Erbe wird, so wird die Anfangs ungültig geschehene Veräußerung hierdurch dergestalt gültig, daß wenn er auch nun die Sache an einen Andern verkauft hätte, dennoch derjenige den Vorzug hat, und Eigenthümer bleibt, dem die Sache zuerst übergeben wurde [7]).

2) Die

seyn; sonst ist in der allgemeinen Vollmacht das Recht der Veräußerung nicht enthalten. *L. 16. C. de procurat.* *L. 40. D. eodem.* S. VINNIUS in Comm. ad §. 42. I. de rer. divis. und Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen §. 478. Hat der Procurator, der den Contract mit dem Käufer nach dem Willen des Eigenthümers abgeschlossen hatte, demselben nachher die Sache tradirt, so ist das Eigenthum auf den Käufer übertragen, wenn auch gleich der Bevollmächtigte vor der Uebergabe eine Gegenordre erhalten hätte, weil der Gewaltgeber nicht befugt war, den einmal abgeschlossenen Kauf wieder aufzuheben. Der Käufer muß also bey der Sache geschützt werden. *L. 14. D. de public. in rem actione.* Man sehe über diese Stelle *Fopp. ab* AEZEMA Dissertat. iur. civ. Lib. I. cap. 6. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. p. 809.) und Westphal a. a. O. §. 479.

4) *§. 1. I. Quib. alienare licet.* *L. 46. D. de acquir. rer. dom.*

5) *Tit. Cod. Quando decreto opus non est.* *L. 22. Cod. de admin. tutor.*

6) *L. 20. pr. D. de acquir. rer. dom.*

7) *L. 72. D. de rei vindic.*

2) Die Uebergabe muß in der Absicht geschehen, das Eigenthum an der Sache dem Andern zu überlassen [8]). Es muß also nicht nur

a) die Sache, welche übergeben wird, die rechte Sache seyn; denn wenn durch einen Mißgriff bey der Tradition eine andere Sache überliefert wird, als verkauft worden, so ist die Uebergabe nichtig [9]); sondern es muß auch

b) ein

8) THEOPHILUS in Paraphr. graec. ad §. 40. I. de rer. divis. *L. 9. §. ult. D. de iure dot.* sagt: Hoc agi debet inter dantem et accipientem, ut dominium transferatur.

9) *L. 2. §. 6. D. pro emtore.* Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. *Priscus* ait, usu me eum non capturum: *quia id, quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest.* Besonders merkwürdig ist *L. 35. D. de acquir. rer. dom.* Si procurator meus vel tutor pupilli, rem suam, quasi meam, vel pupilli, alii tradiderint: non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. Offenbar betraff hier der Irrthum das Object. Es steht daher die *L. 49. D. Mandati* nicht entgegen. Denn in dem Falle dieser Gesetzstelle hatte der Procurator eben dieselbe Sache tradirt, die er zu diesem Zwecke von dem Gewaltgeber erhalten hatte. Es war daher hier überall kein Irrthum im Object vorhanden. Der Irrthum lag nur darin, daß sich der Mandans für den Eigenthümer gehalten, da es doch, wie man nachher entdeckte, der Procurator selbst war. Daher sagt nun Marcellus *L. cit. 39.* Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam: et idcirco mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. *Hub.* GIPHANIUS ad L. 35. D. de acquir. rer. dom. in *Lectur. Altorphin.* pag. 357. sq. und *Io.* VOET in Comm. ad Dig.

b) ein solches Geschäft vorausgegangen seyn, welches auf die Uebertragung des Eigenthums abzweckte, und auch nach den Gesetzen dazu geeigenschaftet ist (*iustus titulus*, s. *iusta causa praecedens*) [10]), z. B. Kauf, Schenkung, Tausch u. dgl. Wenn also die Uebergabe aus einer nichtigen causa geschieht, z. E. der Mann schenkt seiner Frau während der Ehe eine Sache, so wird kein Eigenthum übertragen [11]).

3) Die Uebergabe muß **unbedingt** geschehen. Geschieht sie unter einer suspensiven Bedingung, so geht das Eigenthum nicht eher auf den Empfänger über, als wenn die Bedingung eintritt. Bis dahin wird der Besitz nur im fremden Namen ausgeübt [12]). Hieraus erklärt sich, daß

Dig. Lib. XLI. Tit. I. §. 37. auf den HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 937. not. c. verweißt, haben jene Stellen ganz unrichtig verstanden, wie schon *Ge. Ad.* STRUV in Evolution. controversiar. in Syntagm. iur. civ. comprehensarum Lib. XLI. Tit. I. Thes. LV. pag. 539. gezeigt hat, der zuerst beyde Stellen nach ihrem wahren Sinn erklärte. Man sehe auch **Thibaut** Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. Band. 4. Abh. S. 117. u. folg.

10) *L. 31. pr. D. de acquir. rer. dom.* S. HERTII Diss. de conventionibus dominii translativis. in EIUS *Commentat. et Opuscul.* Tom. III. pag. 65. seqq.

11) *L. 1. D. pro donato. L. 16. D. de acquir. possess. L. 26. pr. de donat. inter vir. et uxor.*

12) *L. 38. §. 1. D. de acquir. poss.* Hoc amplius existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, *neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit.* S. von **Savigny** Recht des Besitzes §. 19. S. 187. folg.

daß bey einem Kaufe, ausser der Tradition, auch Zahlung des Kaufgeldes, oder Credit zum Uebergange des Eigenthums nöthig ist [13]. Denn der Verkäufer will seine Sache unter keiner andern Bedingung weggeben, als wenn ihm der Kaufschilling bezahlt wird [14].

B) Von Seiten des Erwerbenden wird insonderheit erfordert,

1) Apprehension des Besitzes, d. i. Unternehmung einer Handlung, welche ihn in eine solche Lage setzt, daß er, dem Willen des Tradenten gemäß, Eigenthum ausüben könne; sie bestehe nun entweder darin, daß er die ihm übergebene Sache wirklich ergreift, oder bey der Sache steht, so daß er sie in jedem Augenblick ergreifen kann, oder daß er in das Grundstück, zu welchem ihn der Tradent hingeführt hat, hineingeht, oder in Gegenwart der Sache die Schlüssel zu dem Behältniß, worin die Sache verwahrt ist, in Empfang nimmt, oder bey einer unverschlossenen Sache sein Siegel auf die Sache drückt [15], oder einen Wächter zu der Sache hinstellt u. d. m. Hatte

13) *§. 41. I. de rer. div.* Venditae vero res et traditae non aliter emtori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit: veluti expromissore aut pignore dato. — Sed si is, qui vendidit, fidem emtoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emtoris fieri.

14) S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 871.

15) Nicht in jedem Falle ist daher das Signiren der Sache für ein factum apprehensionis zu halten, wie aus *L. 1. §. 2. D. de peric. et comm. rei vend.* erhellet, wo es heißt: Si *dolium signatum* sit ab emtore, TREBATIUS ait, traditum id videri. LABEO con-

Hatte der Erwerber schon aus einem andern Grunde die Detention der Sache, so ist der bloße animus possidendi hinreichend, weil jetzt, da die neue Forderung entsteht, ausser dieser Bestimmung des Willens, durchaus nichts weiter zu geschehen braucht [16]).

Es kann jedoch die Apprehension des Besitzes auch durch einen Stellvertreter, nämlich durch den Vormund, Cura-

contra. *Quod et verum est:* magis enim, ne summutetur, signari solere, quam ut tradi tum videatur. Hingegen heißt es *L. 14. §. 1. D. eodem.* Videri autem *trabes traditas*, quas emtor *signasset*. Hier ist kein Widerspruch, nämlich Bauholz pflegt man gewöhnlich unverschlossen aufzubewahren, daher ist nach wahrscheinlicher Vermuthung anzunehmen, die Uebergabe sey geschehen, wenn der Käufer das Holz signirt hat. Allein der Wein pflegt in verschlossenen Kellern aufbewahrt zu werden. Man nimmt daher an, die Zeichnung sey nur geschehen, damit das Faß nicht verwechselt werde. Eine Uebergabe hingegen hätten die Partheyen erst dann gewollt, wenn die Schlüssel zum Weinkeller übergeben worden, wie aus *L. 1. §. 21. D. de poss. acquir.* erhellet, wo gesagt wird: vina tradita videri, *cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint.* Viele Rechtsgelehrten haben sich in diese Stellen nicht zu finden gewußt. POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. Tit. de peric. et comm. rei vend. Nr. X. not. f. und Nr. XVIII. not. b. giebt die Regel: *In rebus magni ponderis, quae non facile moventur, ut sunt trabes, obsignatio pro traditione est; secus in his, quae facile moventur.* Westphal hingegen sagt in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 601. u. 608. ob die vom Käufer gemachte Zeichnung an der Sache für eine Uebergabe zu halten sey, komme auf die Umstände an. Allein man sehe dagegen von Savigny Recht des Besitzes §. 16. S. 201.

16) v. Savigny §. 19. S. 223.

Curator, oder durch einen Bevollmächtigten geschehen [17]. Es muß nur der Repräsentant ein solcher seyn, der selbst Besitz zu erwerben fähig ist, oder, wie **Paulus** [18]) sagt, intellectum possidendi hat, und dann muß er auch den Besitz wirklich für seinen Principal ergreifen [19]. Da hier vom Erwerb des Besitzes die Erlangung des Eigenthums abhängt, so erwirbt der Principal das Eigenthum von dem Augenblick an, da der Auftrag vollzogen ist, wenn er gleich von der geschehenen Apprehension noch keine Nachricht hat [20]). Nur der Usucapionsbesitz fängt erst dann

17) *L. 1. §. 20. D. de acquir. vel amitt. poss.* Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur. *L. 8. C. de acquir. vel retin. possess.* Per *procuratorem* utilitatis causa possessionem, et, *si proprietas ab ea separari non* possit, *dominium* etiam *quaeri* placuit. Add. *§. 5. I. Per quas person. cuique acquir.*

18) *L. 1. §. 9. D. de acquir. vel amitt. possess.* Caeterum et ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, *ut habeat intellectum possidendi.* §. 10. Et ideo, si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possessionem. Ein Pupill ist jedoch zu dieser Repräsentation nicht unfähig. *L. 1. §. 11. et L. 32. pr. D. eodem.* S. von Savigny §. 26.

19) *L. 1. §. 20. D. eodem.* — Cum autem *suo nomine* nacti fuerint possessionem, (nämlich die Repräsentanten des Erwerbers, von denen unmittelbar vorher die Rede war), non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent nobis, *non possumus adquirere.* Die Florentinische Leseart hat zwar non *possunt* adquirere. Allein die Leseart *possumus*, welche in vielen Ausgaben vorkommt, ist ohne Zweifel besser. S. v. Savigny §. 26. S. 242. Not. 2.

20) *L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom.* Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine: *dominium*

dann an, wenn der Principal die wirkliche Erfüllung des Auftrags erfährt [21]). Es entsteht hier die Frage, ob die Treulosigkeit des Repräsentanten die Uebertragung des Eigenthums hindere, wenn gleichwohl bey der Tradition der Erwerb für den Principal zur Bedingung gemacht ward? **Julian** entscheidet die Frage bejahend [22]). Er sagt: Si cum mihi donare velles, iusserim te servo communi et Titii rem tradere, isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret: nihil agetur. *Nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, isque hac mente acceperit, ut suam faceret: nihil agetur.* Ganz anders entscheidet **Ulpian** [23]): Qui mihi donatum volebat, sagt dieser römische Jurist, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit, *quasi socio adquisiturus*; vel sic, *quasi mihi et socio*. Quaerebatur, quid agere [24])? Et placet, quamvis servus hac men-

 te

nium mihi, id est, proprietas *adquiritur*, etiam *ignoranti*. *§. 5. I. Per quas person. cuique adquirit.* — Per liberam personam, (veluti per procuratorem) placet, non solum scientibus, sed et *ignorantibus nobis*, adquiri possessionem, secundum D. Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam *dominium*, si dominus fuerit, qui tradidit, vel usucapionem, aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit.

21) *L. 1. Cod. de acquir. vel retin. possess.* Per liberam personam *ignoranti* quoque adquiri possessionem, et *postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem incohari posse*, tam ratione utilitatis, quam iuris, pridem receptum est.

22) *L. 37. §. 6. D. de acquir. rer. dom.*

23) *L. 13. D. de donationibus.*

24) Hier ist besser quid ageret? zu lesen, wie *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. libr. II. cap. 2. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.*

te acceperit, *ut socio meo, vel mihi et socio adquirat*, mihi tamen adquiri. Nam et si *procuratori meo* hoc animo rem tradiderit, *ut mihi adquirat*, ille quasi *sibi adquisiturus* acceperit: *nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit*. So viel ist gewiß, daß die Worte: nihil agetur, bey Julian auf die Erwerbung des Eigenthums gehen, weil hier zunächst vom Eigenthum die Rede ist. Erwirbt nun gleich der Procurator das Eigenthum nicht, weil der Tradent nicht Willens war, es ihm zu überlassen, so macht dies dennoch den eignen Besitz des Procurators nicht unmöglich, weil ohne Zweifel Besitz auch ohne Eigenthum erworben werden kann. Allein die Frage ist, ob das ohne Einschränkung Gesagte *nihil agetur* auch darauf geht, daß nach Julians Meinung in diesem Falle selbst der Principal das Eigenthum nicht erwirbt, wenn der Procurator die Sache in der Absicht in Empfang nahm, um sich solche zuzueignen? Wäre dieses, so wäre der Widerspruch zwischen Julian und Ulpian offenbar. Mehrere Ausleger des römischen Rechts [25]) sind nun zwar der Meinung, daß Julian aus Ulpian zu ergänzen sey, und also der Sinn dahin gehe, die Tradition gebe das Eigenthum dem nicht, dem sie der Tradent nicht zuwenden wollte. Dies schließe aber die Erwerbung des Eigenthums auf Sei-

Rom. Tom. II. pag. 162.) und *Io. Guil.* HOFFMANN in Observat. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXVIII. §. 9. gezeigt haben.

25) Man vergleiche *Hub.* GIPHANII Lectur. Altorphin. ad L. 13. D. de donat. pag. 123. sq. und *Barthol.* CHESII Interpretat. iuris Lib. I. cap. 32. *Iul.* PACII Εναντιοφανῶν s. Legum conciliatar. Centur. VII. Quaest. 90. u. a. m.

Seiten desjenigen nicht aus, für welchen der Procurator die Sache in Empfang nehmen sollte, wie Ulpian ausdrücklich sage. Allein hier bleibt denn immer der wichtige Zweifel übrig, daß bey der Tradition der Erwerb des Besitzes der eigentliche Grund des Eigenthums selbst ist, und daß es sich nicht denken läßt, daß dieselbe Handlung, die bey der Tradition Eigenthum giebt, nicht zugleich den Besitz geben sollte. Denn Erwerb des Besitzes und Erwerb des Eigenthums sind hier unzertrennlich verbunden [26]). Nach dieser Ansicht mag es also wohl Julians Meinung gewesen seyn, daß die ganze Handlung des Procurators an sich gar keine Gültigkeit habe, wie auch Westphal [27]) glaubt. Und nun läßt sich freylich damit nicht vereinigen, wenn Ulpian sagt, die Tradition habe nur in Ansehung des Procurators, oder desjenigen keine Gültigkeit, für welchen dieser gegen seinen Auftrag acceptirt hat, wohl aber in Rücksicht dessen, welchem der Eigenthümer die Sache hat zuwenden wollen. Es bleibt also wohl, wie auch mehrere Rechtsgelehrten [28]) bemerkt haben, nichts übrig, als den Widerspruch anzuerkennen, und der Meinung des neuern Juristen den Vorzug zu geben.

Verschieden von dem erörterten Falle ist jedoch der, da das Mandat darauf gerichtet ist, daß der Procurator die

26) Per possessionem, placet, quaeri dominium, *si proprietas ab illa separari non possit.* *L.* 20. *§.* 2. *D. de acquir. rer. dom. L.* 8. *C. de possess.*

27) System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz rc. §. 849.

28) von Savigny §. 26. S. 243. THIBAUT System des P. R. I. B. §. 302.

die Sache im eignen Namen kaufen; also selbst das Eigenthum erwerben, und dann auf den Principal übertragen solle. Hier erwirbt der Mandant nicht eher das Eigenthum, als bis ihm der Procurator die Sache tradirt hat [29]). Ist die Uebergabe einem negotiorum gestor geschehen, so geht das Eigenthum erst von Zeit der erfolgten Ratihabition an, auf den über, für welchen der negotiorum gestor die Sache in Empfang nahm [30]). Eben dieß gielt auch von einem procurator universorum bonorum, weil in dessen Auftrage nicht besonders dieser einzelne Erwerb enthalten ist [31]). Mit der Apprehension des Besitzes muß nun

2) auch der Wille verbunden seyn, das Eigenthum der Sache zu erwerben [32]). Der Empfänger muß daher nicht nur in das Corpus der zu übergebenden Sache [33]), son-

29) Von diesem Falle reden die *L. 59. D. de acquir. rer. dom. L. 2. Cod. de his, qui a non domino manumissi sunt.*

30) *L. 24. D. de negot. gest.* CHESIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 32.

31) PAULUS *Recept. Sentent.* Lib. V. Tit. 2. §. 2. *L. 42. §. 1. D. de acquir. possess.* von Savigny §. 26. S. 255.

32) *L. 55. D. de obligat. et action.* In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet *affectus ex utraque parte contrahentium:* nam sive ea venditio, sive donatio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, *nisi animus utriusque consentit,* perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

33) Nach *L. 34. pr. D. de acquir. possess.* hindert der Irrthum in Ansehung der zu übergebenden Sache sogar die Erwerbung des Besitzes. Man sehe jedoch Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen §. 130.

sondern auch in den Zweck der Uebertragung des Eigenthums einwilligen [34]). Sind beyde Theile zwar in dem Object einig, allein in Ansehung des Rechtstitels stimmen sie nicht überein, sondern jeder hat eine ganz andere causam, propter quam traditio sequeretur, im Sinn gehabt, so entsteht die Frage, ob die Tradition gültig sey, und folglich dem Empfänger das Eigenthum gebe? Hier sind wieder Julian und Ulpian ganz verschiedener Meinung. Julian [35]) findet kein Bedenken, diese Frage zu bejahen: Cum in corpus quidem, sagt er, quod traditur, consentiamus, in *causis* vero dissentiamus; non animadverto, *cur inefficax sit traditio.* Veluti si ego credo, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam: tu existimas, ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat, *proprietatem ad te transire.* Nec impedimento esse, quod *circa causam dandi atque accipiendi* dissenserimus. Ulpian [36]) hingegen glaubt mehr Grund zu haben, jene Frage zu verneinen. Er sagt: Si ego pecuniam tibi, quasi donaturus, dedero, tu, quasi mutuam, accipias; Iulianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et *puto*, nec *mutuam* esse: *magisque nummos accipientis non fieri*, cum *alia opinione* acceperit. Vergebens hat man sich bemüht, diesen Wider-

34) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 938.

35) *L. 36. D. de acquir. rer. domin.*

36) *L. 18. pr. D. de reb. credit.*

derspruch aufzuheben, wie auch schon Siphan [37]) gezeigt hat. Ohne Zweifel trägt Ulpian an dem Orte, woraus diese Stelle genommen ist (*libro 7. Disputationum*), blos die Meinung vor, von welcher er sich aus theoretischen Gründen überzeugt hielt; und sie verdient auch nach der Rechtsanalogie allerdings den Vorzug, wie ich anderwärts [38]) gezeigt habe. Allein Julian lehrt zugleich, was nach dem Gerichtsgebrauche seiner Zeiten geltendes Recht war, wie aus dem Wort *constat* erhellet, welches davon gebraucht wird, was in facto gewiß, und Jedermann bekannt ist [39]). Nach Julians Zeugniß, welches keinem Zweifel unterliegt, war es also geltender Grundsatz, daß der Irrthum in Ansehung des besondern Rechtsgrundes die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, wenn beyde Theile ein solches Rechtsgeschäft vornehmen wollten, wodurch ein Eigenthum übertragen wird [40]). Und dieses muß

37) In *Lectur. Altorphin.* ad L. 36. D. de acquir. rer. dom. p. 359. Man sehe auch im Commentar des 4. Theils 1. Abth. §. 297. Not. 2. S. 155.

38) S. im 4. Th. §. 297. Not. 99. S. 152.

39) *L. 5. §. 1. D. Quib. ex caus. in possess. L. 18. D. de except. L. 1. §. fin. D. de quaest. L. 1. D. de minor.* Insonderheit wird das Wort *constat* von den Röm. Rechtsgelehrten de iure recepto gebraucht, wenn sie es auch nach theoretischen Gründen nicht billigen, wie aus *L. 9. D. de religiosis* erhellet.

40) Man vergleiche hier vorzüglich *Guil. a* TEISTERBANT dict. BILDERDYK Observation. et Emendationum lib. un. (*Brunovici* 1806. 8.) Cap. VII. pag. 59. sqq.

muß also auch noch jetzt als Recht gelten [41]). Es ist daher eine offenbare Verwirrung, wenn in den Basiliken [42]) die Meinung Ulpians als geltendes Recht vorgetragen wird, welches doch selbst die Absicht dieses Rechtsgelehrten gar nicht war, sie dafür gelten zu lassen.

Von den vorgetragenen Grundsätzen des römischen Rechts weichen die teutschen Rechte in der Lehre von der Uebergabe hin und wieder sehr ab [43]). Diese Verschiedenheit zeigt sich besonders darin,

1) daß zur Uebertragung und Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken in vielen Landen eine Privatübergabe durch bloße Besitzeinräumung nicht hinreicht, sondern eine gerichtliche Erklärung des bisherigen Eigenthümers und zwar vor dem Gericht, unter welchem das zu übertragende Grundstück liegt, erfordert wird. Man nennt diese Handlung die gerichtliche Auflassung des Eigenthums, (*resignatio* f. *investitura iudicialis*) [44]). Die Absicht derselben scheint theils die zu seyn, damit die Interessenten, welche

41) S. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen §. 482. und MALBLANC Dig. Tom. II. h. t. §. 400. nr. V.

42) Tomo III. Libr. XXIII. Tit. I. nr. 18. pag. 225. Die Worte dieser Stelle habe ich im 4. Th. §. 297. Not. 99. S. 153. angeführt.

43) Man sehe Ernst Christ. Westphals rechtliche Abhandlung von der Uebergabe und Belehnung. Halle 1779. 4.

44) S. KLEIN Diss. de resignatione iudiciali. *Ienae* 1750. *Io. Burc.* VERPOORTEN Commentat. de investitura allodiorum, eiusdemque originibus, usu et auctoritate praesente, cum praefat. *Franc. Car.* CONRADI. *Helmstadii* 1743. 4.

welche allenfalls gegen die Uebertragung des Eigenthums etwas einzuwenden haben möchten, davon Wissenschaft erlangen, und dagegen ihre Rechtszuständigkeiten beobachten könnten; theils auch, damit der Staat allemal wisse, an wen er sich wegen der öffentlichen Abgaben und Lasten des Grundstücks zu halten habe [45]). Hierzu kommt noch, daß bey weiten der größte Theil von unbeweglichen Gütern, besonders unter dem Bauernstande, in Lehns- und andern Verbindungen der Art stehen, so daß die Veräußerung derselben, schon der Natur der Sache nach, nicht ohne Vorwissen der Obrigkeit gestattet werden kann [46]). Ist die gerichtliche Auflassung geschehen, so geht nun erst das Eigenthum auf den Erwerber und zwar sogleich über, ohne daß dazu eine weitere Einweisung in den natürlichen Besitz erforderlich ist. Eine solche besondere Einsetzung in den Besitz ist zwar allenfalls zur Vorsicht zu empfehlen, aber zur Uebertragung des Eigenthums nicht wesentlich nothwendig [47]). Hieraus folgt also, daß vor der Auflassung das Eigenthum noch bey dem vorigen Eigenthümer bleibt,

45) S. Westphal in der angef. Abhandl. §. 11.

46) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 2. Band §. 259. nr. VIII.

47) Mehrere teutsche Rechtslehrer sind zwar anderer Meinung, allein man sehe Westphals angef. Abhandlung §. 14. u. 16. und PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 2. pag. 3. Die Formel: man lasse Lehn und Eigenthum auf, setze den Käufer in Besitz und Gewehr, spricht deutlich für die Uebertragung des Besitzes, und das Wort *Investitura* bedeutet ursprünglich auch nichts anders als missio in possessionem. S. *du* FRESNE Glossar. v. *Vestire*, *Vestitura*, *Investitura*.

bleibt, welcher auch bis dahin noch die öffentlichen Abgaben und Lasten tragen muß, wenn gleich dem neuen Erwerber des Grundstücks der Besitz schon vorher wäre eingeräumt worden [48]). Es kommt ihm indessen gegen denjenigen, dem etwa nach ihm von dem Eigenthümer das Grundstück ebenfalls in Besitz eingeräumt wurde, wenn es auch nur aussergerichtlich geschahe, wenigstens die Publicianische Klage zu statten [49]). Alle gerichtliche Auflassung setzt übrigens, wenn sie von Wirkung seyn soll, voraus, daß die Veräußerung des Grundstücks an sich gültig sey. Denn eine nichtige Veräußerung wird dadurch nicht gültig. Die Perfection des Contracts selbst hängt jedoch der Regel nach von der Auflassung nicht ab. Es ist mithin der geschlossene Contract, auch vor erfolgter Auflassung, unter den Partheyen vollkommen verbindlich, so daß auf die Vollziehung oder Erfüllung desselben durch gerichtliche Auflassung des Eigenthums geklagt werden kann [50]). Ob nicht in solchen Landen, wo die gerichtliche Auflassung des Eigenthums eingeführt ist, der Mangel derselben durch Usu-

48) *Io. Balth.* WERNHER Diss. de effectu traditionis rerum immobilium allodialium sine iudiciali investitura §. 13. VERPOORTEN cit. Commentat. §. 53. und *Io. God.* BAUER Progr. de re immobili absque resignatione et investitura iudiciali vendita et tradita. in *Opusc.* Tom. I. pag. 282.

49) *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 18. not. 10. et ad Eundem Clar. HAUBOLD not. c.

50) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CCCCXLVI. medit. 5. et 6. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 261. not. y. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 918. und Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 260.

Usucapion ergänzt werden könne, haben **Berger**[51]) und **Bauer**[52]) ausführlich erörtert.

2) Sind durch teutsches Herkommen manche eigene Arten symbolischer Uebergaben zur Uebertragung des Besitzes der Grundstücke aufgekommen, die sich bis auf den heutigen Tag im Gebrauche erhalten haben. Dahin gehört z. B. die Uebergabe durch einen Zweig eines auf dem zu übergebenden Grundstück stehenden Baums, ferner die Uebergabe durch einen abgeschnittenen Span aus einer Schwelle oder Thüre des zu übergebenden Gebäudes (*traditio per effestucationem*); desgleichen die Uebergabe eines Stücks Wasen oder einer Erdscholle statt des Ackers oder der Wiese, welche man dem Andern eigenthümlich überlassen will (*Scotatio*)[53]).

§. 583.

Begriff der Reivindication. Erklärung des alten *ritus vindiciarum*.

Nach diesen vorausgeschickten Bemerkungen über die Natur und Rechte des Eigenthums, desgleichen über die Art der Erwerbung desselben, wovon aber die vollständigere

51) Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 2. Th. 18. Not. 7. pag. 261. seqq. edit. *Haubold*.

52) Progr. de saxonica rei immobilis usucapione: in *Opuscul.* Tom. I. pag. 313. seq.

53) Hiervon handeln ausführlich SCHAUMBURG in Diss. de traditione symbolica. Cap. 3. und *Io. Guil.* HOFFMANN in Specim. iurisprud. symbolicae veterum Germanor. *Francof.* 1736. §. 14. et 15. Man sehe auch Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 261.

gere Theorie erst in dem Titel de acquirendo rerum dominio vorkommen wird, sind wir nun im Stande, von den Eigenthumsklagen selbst zu handeln, von denen hier nur eigentlich die Rede ist. Unter diesen verdient zuerst die *Reivindicatio* [54]) unsere Aufmerksamkeit. Sie ist die älteste Eigenthumsklage, welche in den bürgerlichen Gesetzen, und schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln gegründet ist, wodurch der Kläger, wenn er den strengen Beweis des Eigenthums übernehmen will, sein Eigenthumsrecht wider jeden Nichteigenthümer, welcher ihm dasselbe streitig macht, verfolgen kann, und zwar zu dem Zweck, daß Beklagter zur Anerkennung des Eigenthumsrechts des Klägers, und zur Restitution der Sache mit allen Accessionen angehalten werde. Der Gegenstand des Rechtsstreits betrifft also hier das Wesen des Eigenthums, d. i. die dem Kläger an der Substanz der Sache zustehende Eigenheit [55]). Mit Recht bemerkt daher Cujaz [56]), daß in dem Namen rei vindicatio das Wort *res* so viel, als Eigenthum bedeute, denn gewöhnlich sagen die Gesetze, *dominium suum vindicare*, welches Ulrich Huber [57]) nicht richtig

54) S. *Io.* SCHILTER de dominii persecutione (in *Praxi iuris Rom.* Exercit. XVI.) *Ge.* OBRECHT Diss. de rei vindicatione. (in *Disputat.* nr. 12.) *Nic. Hieron.* GUNDLING Diss. de rei vindicatione ex iure Rom. et patrio. *Halae* 1726. *Vincent.* RUMPFF Diss. de rei vindicat. ex iure Rom. atque Hamburg. *Goettingae* 1764. und Westphals System über die Arten der Sachen S. 693. ff.

55) *L. 18. D. de usur. L. 14. §. ult. D. de except. rei iudic.*

56) in Paratitl. ad Pandect. h. t.

57) Praelect. ad Institut. Tit. de actionib. nr. 2.

richtig durch ex iure dominii rem suam vindicare erklärt [58]). Die Klage selbst hat ihren Namen von der ursprünglichen Verfahrungsart bey der gerichtlichen Verfolgung des Eigenthums erhalten, vermöge welcher sich der Kläger, zum Andenken der im natürlichen Zustande erlaubten Selbsthülfe, in Gegenwart der Sache und unter den Augen der Obrigkeit (in iure) der bildlichen Handlung eines Kampfs gegen den ebenfalls mit einer vis imaginaria Widerstand leistenden Beklagten bediente. Dieser prozessualische ritus wird in den Gesetzen der zwölf Tafeln *manuum consertio*, so wie die auf solche Art in Anspruch genommene Sache **vindicia** genennt [59]). Weil die Vindication in Gegenwart der Sache geschehen mußte, so vertrat in der Folge eine Erdscholle, welche die Partheyen vor Gericht brachten, die Stelle des streitigen Grundstücks, und statt der pugna imaginaria wurden Formeln erfunden, welche **Cicero** [60]), der das ganze rechtliche Verfahren dabey beschreibt, wörtlich anführt.

Es ist wohl der Mühe werth, die ehemalige Prozeßform der alten Römer bey der Verfolgung des Eigenthums

58) S. BRANCHU Observat. ad ius Rom. Decad. II. Cap. 15. pag. 108.

59) Man vergleiche hier vorzüglich *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 10. seqq, *Io. Frid.* CHRISTII Noctium academicar. Specim. III. (*Halae* 1728. 8.) Obs. 13. *Ge. Guil.* IOECHERI Diss. de ritu vindiciarum apud Rom. *Lips.* 1723. und *Adr. Deodat.* STEGER Vindicias manibus consertis sumendas ex Lege XII. Tabular. moderante *Car. Ott.* RECHENBERG. *Lipsiae* 1737..

60) Orat. *pro L. Murena* Cap. 12.

thums aus Gellius und Cicero näher kennen zu lernen, denn wenn gleich der ritus vindiciarum längst aufgehoben ist, so dient doch die Kenntniß desselben zur Aufklärung mancher Grundsätze und Wahrheiten des neuern römischen Rechts. In den ältesten Zeiten geschahe die Vindication nach den Gesetzen der zwölf Tafeln durch eine manuum consertio. Diese Handlung beschreibt Gellius [61]) auf folgende Art: *Manum conserere* est, de qua re disceptatur, in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare. *Vindicia*, id est, correptio manus in re atque in loco praesenti, apud Praetorem ex duodecim Tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: *Si qui in iure manum conserunt.* Nach dieser Erklärung geschahe also die *manuum consertio* in Gegenwart der Sache, war diese eine unbewegliche, so begab sich der Prätor, oder überhaupt die Obrigkeit, welche die Jurisdiction verwaltete, mit den streitenden Theilen an den Ort hin, wo das Grundstück gelegen war, welches der Kläger als sein Eigenthum in Anspruch nahm. Daß hier die Partheyen den Krieg, den sie gerichtlich mit einander führen wollten, handgreiflich begonnen, und der Kläger, wenn gleich nur als Symbol des Kriegs, Gewalt gebraucht, der Beklagte aber zu seiner Vertheidigung Gewalt mit Gewalt zu vertreiben gesucht habe, behaupten, ausser

61) *Noct. Atticar.* Lib. XX. cap. 10. Man sehe über diese Stelle CHRISTII Noct. academ. Specim. III. Observat. 14. und *Io. Lud.* CONRADI Excurs. de vindiciis nonnulla hinter seiner Ausgabe des GELLIUS. *Lipsiae* 1762. 8. maj. P. II. pag. 524. seq.

ausser Joh. Fried. Christ [62]), fast alle, und dies beweißt theils der klassische Ausdruck *manum conserere* [63]), Hand gemein werden, theils die ursprüngliche Be-

62) Cit. loc. Specim. III. Obs. 13. Dieser erklärt die Handlung für ein bloßes Ergreifen der Sache mit der Hand. Er glaubt es müsse heißen *manu conserere*, und dies sey denn so viel als manu prehendere. So habe der Kläger bey der Vindication des Sklaven denselben mit der Hand gehalten. *Ita videlicet servis Romani*, so erklärt er nun §. 19. den alten ritum vindiciarum, *ita et caeteris rebus mobilibus, in vindiciis sumendis, manum in iure praesenti iniiciebant; seu, quod idem est, manu eas conserebant: ut redintegrati ex iure Quiritium dominii, cuius causa legitima praeter mancipationem, in iure cessionem, et usucapionem, ut scimus, nulla est; signum esset. Tres autem isti modi requirunt, ut res aut manu aut corpore teneatur. Eius ergo rei, ut diximus, signum vel vestigium aliquod, nova veluti mancipatione seu prensione, post interruptum per alterius possessionem, dominium quiritarium, quaerebatur. Immobiles autem res, quia exhiberi, atque in ius adferri nequibant: aut litigantibus erat cum praetore in eas descendendum, ut ibi vindiciae sumi, et manus rei iniici ab utroque, seu, quod idem est,* MANU RES CONSERI *comprehendive possit: aut vero pars aliqua rei litigiosae; ex agro videlicet gleba, e domo festuca, in ius adferri debebat: ut litigantes in eam possent vindicare, et per vices manus iniicere, seu* MANU CONSERERE.

63) Dieser Ausdruck bedeutet nach seiner ursprünglichen Etymologie so viel als manus iungere vel miscere, und bezieht sich zunächst auf feindliche Handlungen. VARRO de lingua latina Lib. V. c. 7. sagt ausdrücklich: *Sic conserere manum dicimur cum hoste.* Mehrere Stellen der Classiker hat STEGER in Vindiciis cit. §. 5. angeführt, und §. 6. gezeigt, daß man nach richtiger Leseart bey den Alten nie manu conserere, sondern nur *manum conserere* finde. Daß dieser Ausdruck auf Krieg deute, beweißt

Bedeutung des Worts *Vindicatio* [64]). Geschahe diese Handlung bey einer unbeweglichen Sache, auch ausser dem Tribunal des Prätors, in re praesenti, so geschahe sie doch im Angesicht der Obrigkeit, und dies heißt hier *in iure*. Denn nach Ulpian [65]) bedeutet das Wort *ius* den Ort, ubicunque Magistratus populi Romani iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat; *vel si domi vel itinere hoc agat*. Eine gewisse Förmlichkeit der Worte war bey dieser Art der Vindication noch nicht üblich, wie Gellius in den Worten: et in ea re *omnibus verbis* vindicare [66]) nicht undeutlich zu erkennen giebt. Man kann auch wohl nicht, wie Steger [67]) will, die manuum consertio blos auf unbewegliche Sachen allein einschränken, da die Worte des Gellius: *sive ager*, *sive quid aliud est*, ferner correptio manus *in re* atque *in loco praesenti* ganz ein Anders lehren [68]).

beweißt insonderheit eine Stelle bey Cicero *ad Atticum* Lib. VII. Ep. 20.

64) CICERO *de Inventione* Lib. II. sagt: *Vindicatio* est, per quam vis, aut iniuria, aut omnino, quod obfuturum est, defendendo, aut ulciscendo, propulsatur.

65) *L. 4. §. 1. in fin. D. de Interrogat. in iure fac.*

66) Es ist also ganz irrig, wenn einige statt *omnibus verbis* lesen wollen: solemnibus verbis, andere optimis verbis, wie CONRADI in Excursu cit. pag. 525. gezeigt hat.

67) Cit. Vindic. §. XI.

68) Ganz richtig erklärt daher CHRIST in Noct. Attic. Spec. III. Obs. 14. pag. 188. die Worte *in re*, si mobilis, *in loco* si res immobilis erat vindicanda.

In der Folge geschahe die manuum consertio nicht mehr in iure, nämlich bey unbeweglichen Sachen, weil es dem Magistrat zu beschwerlich fiel, sich mit den Partheyen immer an Ort und Stelle hinzubegeben. Das nun durch den Gerichtsgebrauch gegen die Vorschrift der zwölf Tafeln eingeführte Prozeßverfahren bey der Vindication beschreibt uns Gellius auf folgende Art: Sed postquam Praetores, propagatis Italiae finibus, datis iurisdictionibus [69], negotiis occupati, proficisci [70]) vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur: institutum est contra duodecim Tabulas, tacito consensu, ut litigantes non *in iure* apud Praetorem manum consererent, *sed ex iure manum consertum vocarent;* id est, alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius, in urbem, ad Praetorem deferrent: et in ea gleba, tamquam in toto agro, vindicarent. Idque ENNIUS significare volens, ait, non, ut ad Praetorem solitum est, agi legitimis actionibus, neque ex iure manum consertum, sed bello, ferro-

69) CHRIST c. l. Observat. 14. pag. 188. erklärt diese Worte davon, daß einzelne Prätoren ad singula negotiorum genera wären angestellet worden, die also ein angewiesenes Ressort von Geschäften hatten.

70) Einige wollen statt proficisci lieber *pacisci* lesen, als TURNEBUS Lib. XXIX. Adversar. cap. 33. dem auch CHRIST c. l. beystimmt. *Pacisci longinquas res* soll also heißen: pacta vindiciarum longinqua in praesentia contrahere et obire. Allein die Leseart *proficisci* ist, wie OISELIUS bemerkt, der Sache angemessener.

ferroque, et vera vi atque solida. Quod videtur dixisse, conferens *vim illam civilem* et *festucariam*, quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta. Die Parthenen forderten also einander vor Gericht zur manuum consertio auf, und begaben sich alsdann, von Zeugen begleitet, vom Gericht (ex iure) zu dem streitigen Ort hin; nahmen von da ein Stück Erde mit (gleba), und stritten mit einander um dasselbe, wie um das ganze Grundstück. Dieses Stück Erde, welches das ganze Grundstück vorstellte, wurde *Vindiciae* oder *Vindicia*[71]) genannt, und derjenigen Parthey überge- ben, welcher der Prätor den Besitz während des Rechts- streits zuerkannte, welches *vindicias dare*, oder *vindicias addicere* hieß [72]). Man sieht aus dem allen, daß diese *lis vindiciarum*, oder *vis festucaria*, wie sie auch Gellius nennt, (vermuthlich von der festuca, die man vielleicht bey der Vindication eines Hauses, so wie bey andern Grundstücken die gleba, als ein Symbol brauchte) [73]),

71) FESTUS de Verb. Sign. v. *Vindiciae* sagt: *Cincio* auctore VINDICIAS olim dictas esse *glebas, quae ex fundo sumtae, in ius allatae erant.* At *Servius Sulpicius*, nomine etiam singulariter formato VINDICIAM esse ait eam, *qua de re controversia est*, ab eo, quod vindicatur.

72) S. *Iac.* RAEVARDI ad Leges duodecim Tabb. libr. sing. Cap. 6.

73) Wie HEINECCIUS in Antiquitat. Rom. ad Institut. Libr. IV. Tit. 6. §. 24. glaubt. BRANCHU in Observat. ad Ius Rom. Dec. II. Cap. 15. Not.* pag. 84. wendet zwar dagegen ein, Gellius rede ausdrücklich nur von der gleba, von der Vindication eines Hauses rede er mit keinem Worte. Die *vis festucaria* wäre also vielmehr von der vindicta Praetoria zu erklären,

hauptsächlich den Besitzstand zum Behuf der Vindication selbst reguliren sollte [74]). Denn in jedem Prozeß über Eigenthum muß zuvörderst entschieden seyn, welcher von beyden Theilen als Kläger (petitor), und welcher als Beklagter (possessor) gelten solle [75]), weil die rei vindicatio gegen den Besitzer angestellet wird, der Besitzer aber auch während des Streites über das Eigenthum billig die Vortheile des Besitzes genießt. War daher der Besitz selbst noch zweifelhaft, so durfte jeder Theil in Gegenwart des Magistrats, oder vor Zeugen durch die manuum consertio die Sache als seinen Besitz vertheidigen. Dies ist der Sinn der Verordnung in den zwölf Tafeln, worauf sich **Gellius** bezieht: SI QUI IN IURE MANUM CONSERUNT, UTRIQUE, SUPERSTITIBUS PRAESENTIBUS, VINDICIAS SUMUNTO [76]); welchen **Gothofred** noch die Worte hinzusetzt: SECUNDUM EUM, QUI POSSIDET,

PRAE-

klären, welche auch *Festuca* geheißen habe. Allein wie unwahrscheinlich diese Conjectur sey, hat schon GUNDLING in Diss. de Rei vindicatione Cap. I. §. 5. gezeigt.

74) S. von Savigny Recht des Besitzes §. 36. S. 339. Not. 1. und §. 40. Not. 2. S. 365. und IOECHER Diss. de ritu vindiciar. apud Rom. §. 5.

75) Justinian sagt §. 4. *I. de Interdict.* Cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit — *nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui:* quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, et alius a possidente petat. — Commodum autem possidendi in eo est, *quod, etiamsi eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio.* S. v. Savigny §. 3. S. 12. Nr. 4.

76) S. STEGER Diss. cit. §. 3. et 4.

PRAETOR VINDICIAS DATO[77]). Noch ist zu bemerken, daß bey der Vindication beweglicher Sachen eine *manus iniectio* geschahe[78]). Wer also z. B. einen Sklaven vindicirte, ergriff den Sklaven mit der Hand, und sagte: *hunc hominem ex iure Quiritium meum esse aio, eiusque vindicias mihi dari postulo.* Der Gegner, wofern er nicht auf sein Recht Verzicht that, sondern sich den Sklaven ebenfalls zueignete (si contra vindicaret), riß nun den Sklaven mit der Hand gleichfalls an sich, und sagte: *immo meus est, eiusque vindicias mihi conservari postulo.* Der Prätor sprach hierauf einstweilen für den Besitzer[79]).

In der Folge kam nun auch die Gewohnheit, daß die Partheyen sich auf das streitige Grundstück zur manuum con-

77) S. Adams Handbuch der Röm. Alterthümer, übersetzt von M. Mayer. 1. Band. S. 413. ff. und Hummels Encyklopädie des gesammten positiven Rechts. 1. Bandes 2. Abth. S. 240. folgg.

78) Auf diese *manus iniectio* kommen bey den Klassikern häufige Anspielungen vor. So z. B. sagt OVIDIUS Lib. I. *Amor.* Eleg. 4. *Et dicam, mea sunt, iniiciamque manus.* Ebenderselbe in *Epist. Heroid.* VIII. 16. XII. 158. *Fastor.* IV. 90. VIRGILIUS *Aeneid.* X. 419. CICERO *pro Roscio Comoed.* c. 16. PLINIUS X. Ep. 19. S. *Ev.* OTTONIS Iurisprud. Symbol. Exerc. II. cap. 8. pag. 177. Eine solche manus iniectio war auch nach alten teutschen Sitten bey der Vindication eines Pferdes üblich. S. *Car. Ferd.* HOMMEL Iurisprud. numismatib. illustrata. Monum. LXXIV. pag. 185. seq.

79) *Car.* SIGONIUS de Iudiciis Lib. I. cap. 21. (*de antiquo iure pop. Rom.* Tom. II. pag. 459.) *Io.* ROSINUS Antiquitat. Roman. Lib. IX. cap. 13. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. IV. Tit. 6. §. 24.

consertio selbst hinbegaben, ab, an deren Stelle eine profectio imaginaria, als bloße Förmlichkeit, trat. Die ganze Handlung gieng jetzt im Gericht vor, und was sonst wirklich geschahe, ward nun durch gewisse Formeln vorgestellt, welche die römischen Juristen erfunden hatten. Cicero [80]) spottet zwar über diese neue Prozeßform, wir lernen sie indessen vollständig aus ihm kennen. Sie bestand darin. Der Kläger (petitor) redete den Beklagten, den er in ius vocirt hatte, mit der Formel an: *Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex iure Quiritium meum esse aio: inde ibi ego te ex iure manu consertum voco.* Der Beklagte antwortete: *Unde tu me ex iure manu consertum vocasti, inde ibi ego te revoco.* Hierauf sprach der Prätor folgende Formel: *Utrisque superstitibus* [81]) *praesentibus istam viam dico, inite viam.* Nun war ein Rechtsgelehrter bey der Hand, der den Partheyen den Weg wieß. Sie giengen ein Paar Schritte, bis der Prätor rief: *Redite viam*, und sie kehrten sofort wieder um, und brachten nun die Vindicia oder gleba vor Gericht, eben so, als wenn sie wirklich auf dem streitigen Acker gewesen wären. Diese Prozeßform war unstreitig noch zur Zeit des Gellius im Gebrauch [82]), ja sie galt aller Wahrscheinlichkeit nach auch noch zur Zeit des römischen

80) Orat. *pro L. Murena* cap. 12.

81) *Superstites* heißen Zeugen. S. FESTUS voc. *Superstites.*

82) GELLIUS sagt dieses *Noct. Attic.* Lib. XX. c. 10. pr. nicht undeutlich, wo es heißt: EX IURE MANUM CONSERTUM verba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum lege agitur, et *vindictae contenduntur*, dici NUNC QUOQUE apud Praetorem solent.

schen Juristen **Paulus**, welcher in Beziehung auf dieselbe die Sache, welche der Beklagte besitzt, *res praesens* nennt [83]), weil man sich die Sache bey der Vindication als gegenwärtig vorstellte, wie auch Averani [84]) schon sehr gründlich bemerkt hat. Das ganze Formelwesen hat jedoch in der Folge aufgehört, cum Praetor, wie Rävard [85]) sagt, additis exceptionibus et replicationibus ius in litis verba componebat. Tunc enim cuilibet, ita, ut sibi videretur, edere actionem fuit liberum, sive per libellum, sive per solam denunciationem: satisque erat, hac uti formula in fundi vindicatione: *fundum Tusculanum ex iure Quiritium meum esse aio.* Auf diese einfache Prozeßform, welche schon der über jene feyerliche Formeln der Rechtsgelehrten seines Zeitalters spottende Redner für die schicklichste hielt [86]), bezieht sich der Begriff, den **Justinian** von der Rei vindicatio giebt, wenn er sagt [87]): Si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum eius se esse dicat. *Nam si Titius suam esse intendat*, IN REM ACTIO *est.* Die alte Prozeßform klärt uns doch wenigstens auf, warum die *Rei vindicatio* ein vindicatio proprietatis *rei corporalis* et quidem *singularis* sey [88]).

§. 584.

83) *L. 47. D. h. t.*

84) Interpretat. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 10. et 14.

85) Ad Leges XII. Tabular. libr. sing. cap. 6. pag. 28. (edit. *Henr.* HAHNII. *Helmstadii* 1662. 4.)

86) CICERO *pro Murena* cap. 12. sagt: Cum hoc fieri bellissime posset: *Fundus Sabinus meus est*: immo meus; deinde iudicium.

87) *§. 1. in fin. I. de actionib.*

88) S. *Vinc.* RUMPFF Diss. de rei vindicatione Sect. I. §. 5.

§. 584.

Wem steht die rei vindicatio zu? Kann der Besitzer vindiciren? Ueber die *L. 12. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.* Gegenstand der Klage.

Die rei vindicatio stellt nun derjenige an, welcher nach den oben (§. 578.) vorgetragenen Grundsätzen das Eigenthum der Sache, die er in Anspruch nimmt, erworben zu haben, behaupten kann[89]), und in dem Besitz der Sache nicht ist[90]). Denn der Besitz ist mit der Qualität des Klägers im Vindicationsprozeß nicht wohl zu vereinigen, weil es lächerlich wäre, das zu suchen, was man schon hat, und der Beklagte nichts zurückgeben kann, was er nicht hat[91]). Zwar kann sich der Eigenthümer gegen denjenigen, der ihn in seinem Besitz stört, zur Erhaltung desselben eines Interdicts bedienen, allein die Realklage wird dem Besitzer ausdrücklich abgesprochen. Ulpian[92]) bemerkt diesen Unterschied sehr deutlich, wenn er sagt: Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est, *Uti possidetis:* actio enim nunquam ultro *possessori* datur; *quippe sufficit ei, quod possideat.* Dennoch darf folgende Stelle nicht übergangen werden, die einigen Zweifel erregen könnte. Nihil commune habet, sagt nämlich der-

89) *L. 23. D. h. t.*

90) Nam in controversiis rerum corporalium, sagt Justinian §. 2. *I. de actionib.* is agit, *qui non possidet.*

91) S. die Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts, als Anhang zu Höpfners Commentar §. 10. S. 117. f.

92) *L. 1. §. 6. D. Uti possidetis.*

derselbe **Ulpian** [93]), proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei Interdictum *uti possidetis*, qui coepit rem *vindicare*. Non enim videtur *possessioni* renunciasse, *qui rem vindicavit*. Hier ist doch offenbar von einem solchen Falle die Rede, wo der Besitzer selbst die Sache vindicirt, und die Frage, die hier **Ulpian** entscheidet, war nur die, ob der Kläger dadurch dem Besitz dergestalt entsage, daß ihm nachher das Interdictum *Uti possidetis* abgeschlagen werden müßte, wenn er dazu zurückkehren wollte, welche hier verneinend entschieden wird. Man hat bey dieser Stelle viele Schwierigkeiten gefunden, und sich mancherley Fälle gedacht, um jene zu heben. Die Glosse [94]) nimmt zwey mögliche Fälle an, entweder, daß der Besitzer seinen Besitz ignorirt, und glaubt, der Gegner besitze die Sache, oder daß der Beklagte den natürlichen Besitz vi, clam, oder precario von dem Kläger erhalten hat, und diesem also noch der Civilbesitz zusteht, worin er von dem Beklagten durch seine widerrechtliche Anmassung gestört wird. Jene erste Erklärung hat besonders **Merenda** [95]) sehr gründlich durchgeführt. Die meisten Rechtsgelehrten denken sich jedoch den letzten Fall, und diese Erklärung haben insonderheit **Hotomann** [96]), **Giphan** [97]) und **Forster** [98]) vertheidiget. Allein offenbar

93) *L. 12. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.*

94) *Glossa* in L. cit. 12. Vid Corpus iur. civ. opera *Petri ab* AREA BAUDOZA CESTII. Vol. II. pag. 1783.

95) Controvers. iuris. Lib. XII. cap. 16.

96) Quaestion. illustr. libr. Qu. 30.

97) Comment. ad L. 12. cit. in *Lectur. Altorphin.* pag. 461.

98) de interpretat. iuris. Lib. II. cap. 1. §. 4. nr. 16. seqq. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 996. sq.)

bar haben diese nicht bedacht, daß dieser Fall zum interdicto uti possidetis gar nicht geeignet ist, da vielmehr der Eigenthümer ein interdictum recuperandae possessionis gebrauchen müßte, weil auch der ungerechte Vorenthalter oder Anmasser der Sache unläugbar den juristischen Besitz hat. Richtiger erklärt daher **Govean**[99]) die Stelle von dem Falle, wenn der Besitzer aus rechtlicher Unwissenheit die rei vindicatio, statt des interdicti *uti possidetis*, erhob, und nachher, nachdem er seinen Irrthum entdeckte, zu dem letztern seine Zuflucht nehmen will. Denn daß der error iuris hier gar nichts schade, hat Herr von **Savigny**[100]) sehr gründlich gezeigt. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so bleibt doch wenigstens so viel immer wahr, daß der Fall nicht ganz unmöglich sey, wo der Eigenthümer vindiciren kann, der sich des Interdicti *uti possidetis* bedienen könnte, und dies ist wohl ganz natürlich der Fall, wenn sich der Beklagte Handlungen eines Besitzers anmaßt, ohne jedoch den Eigenthümer selbst aus dem Besitz zu verdrängen[1]). Denn der Hauptzweck bey der Reivindica-

99) Variar. Lection. Lib. I. cap. 3.

100) Recht des Besitzes §. 32. S. 305. Not. 1.

1) Dies scheint auch die Meinung des *Petr.* GRANGIANI in Paradox. iuris civ. Cap. 55. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 643.) zu seyn. Zur Erläuterung kann die *L. 11. D. de vi* dienen, wo es heißt: *Vim facit*, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo: sive in serendo sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, *per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.* Man lasse sich nicht durch den Ort, wo diese Stelle eingeschaltet ist (*Tit. Dig. de vi*), verleiten, sie auf das Interdictum

dication ist doch immer Anerkennung unsers Eigenthums, und der Beklagte ist in dem angegebenen Falle mehr als bloßer Stöhrer, er ist ein solcher, durch dessen Handlung die Ausübung unsers Eigenthums verhindert wird, folglich sind hier alle Erfordernisse der rei vindicatio vorhanden [2]).

Auf die Art des Eigenthums kommt es übrigens bey der rei vindicatio nicht an, das Eigenthum sey ein vollkommenes oder ein unvollkommenes. Der Proprietar kann sich daher der Eigenthumsklage bedienen, sowohl wenn die nutznießliche Sache in die Hände eines dritten Besitzers gerathen ist, als wenn der Usufructuar selbst

dictum *Unde vi* zu beziehen, sondern bedenke, daß die Interdicta retinendae possessionis eine gewaltsame Verletzung des Besitzes voraussetzen, wodurch jedoch der Besitz selbst nicht aufgehoben wird. *L. 1. pr. D. Uti possidet. L. 1. pr. D. de utrubi.* Von einer solchen vis ist hier ohne Zweifel die Rede, und mit Recht hat schon *Hug.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XV. cap. 33. pag. 804. (edit. *Francofurt.* 1626. f.) bemerkt, daß die *L. 11. cit.* ganz am unrechten Orte stehe. *Agitur enim,* sagt er, *sub eo titulo de vi, per quam aliena possessio in totum adimitur, ut, cui ea vis adhibita est, iam desinat possidere. Quae autem vis possessorem non finit libere possessione sua uti, ea possessionem relinquit, usum tantum liberum adimit. Haec vero ad interdictum uti possidetis pertinet, non ad interdictum unde vi.* Man vergleiche auch von Savigny §. 37. S. 344. Not. 2. und Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1095. S. 189. der Weberschen Ausgabe.

2) S. die angeführten Berichtigungen und Zusätze zu Höpfners Commentar S. 117.

selbst sich das Eigenthum daran anmaßen will [3]). Auch dem *Superficiarius* [4]), d. i. wie **Paulus** [5]) sagt, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet, steht, wie dem *emphyteuta*, wenigstens eine vindicatio utilis zu [6]). Ferner das Eigenthum sey ein beständiges, oder ein widerrufliches, denn letzteres giebt wenigstens die Vindication, so lang es dauert [7]). Man braucht auch nicht das Alleineigenthum zu haben, sondern wenn man auch nur einen Antheil an der Sache hat, die der Andere besitzt, so kann man seinen Theil vindiciren, wenn uns der Beklagte allen Antheil an der Sache abläugnen will [8]). Ist das Miteigenthum beyder Theile unstreitig, und der Kläger hat blos Aufhebung desselben, d. i. Theilung der gemeinschaftlichen Sache, zum Zweck, so hat die *actio communi dividundo* Statt. (Lib X. Tit. 3.) Bey einer Gemeinschaft, die durch eine *confusio*, d. i. durch Vermischung flüßiger, oder durch eine *commixtio*, d. i. durch das Zusammenmischen trockener Sachen, die verschiedenen Eigenthümern zugehören, und welche von einer

3) *L. 33. in fin. D. h. t.* VOET in Comm. h. t. §. 3.

4) *L. 73. §. 1. D. h. t.*

5) *L. 74. D. eodem.*

6) *L. 75. D. eod.*

7) *L. 41. pr. D. h. t.* Si cui in diem addictus sit fundus, *antequam adiectio sit facta, uti in rem actione* potest; postea non poterit. *L. 66. D. eodem.* Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati extiterit. S. NOODT ad Dig. h. t. pag. 193.

8) Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen §. 910.

einerley Art und Werth sind, entstanden ist, findet besonders die vindicatio pro parte Statt, wenn die Mischung ohne Einwilligung beyder Theile entweder zufällig geschahe, oder von dem Einen der Eigenthümer einseitig vorgenommen ward, und keine Trennung möglich ist [9]). Geschahe hingegen die Mischung mit Einwilligung beyder Theile, so hat blos die actio communi dividundo Statt [10]).

Wenn in dem Falle, da dem Kläger nur ein Theil an einem gemeinschaftlichen fundus zusteht, zwey Besitzer sind, davon der eine des Klägers Miteigenthümer ist, der andere aber nicht; so ist ein Unterschied zu machen, ob beyde das Grundstück indivisim besitzen, oder in abgetheilten Districten (pro *regionibus divisis*). In dem ersten Falle

9) *L. 3. §. 2. D. h. t.* Pomponius scribit: si quid, quod eiusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit; non totum, sed *pro parte esse vindicandum*. Utputa meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque *pro rata ponderis*, quod in massa habemus, *vindicabimus*; etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.

10) *L. 5. pr. D. h. t.* Idem Pomponius scribit: Si frumentum duorum *non voluntate eorum* confusum sit, competit singulis *in rem actio* in id, in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse. Quodsi *voluntate eorum* commixta sunt, tunc communicata videbuntur, et erit *communi dividundo actio*. Ist eine Trennung der vermischten Sachen möglich, so findet keine vindicatio partis Statt, sondern jeder vindicirt das Seinige. *L. 5. §. 1. D. eodem. L. 2. D. eodem.* S. Westphal a. a. O. §. 911. Ueber die *L. 5. §. 1. cit.* verdient *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. pag. 293. folg. verglichen zu werden.

Falle kann der Kläger nur den in Anspruch nehmen, der nicht Miteigenthümer ist. Denn dem Miteigenthümer macht er sein Recht nicht streitig. Dahingegen hat der andere Mitbesitzer gar kein Recht an der Sache. In dem andern Falle aber, da beyde unter sich abgetheilte Hälften von dem gemeinschaftlichen Grundstück besitzen, muß die Klage gegen jeden auf die Hälfte seines innehabenden Theils gerichtet werden. Denn der Kläger hat hier die Hälfte vom Ganzen pro indiviso zu fordern. So entscheidet diesen Fall **Paulus**[11]), wenn er sagt: *Pomponius* libro trigesimo sexto probat: si *ex aequis partibus* fundum mihi tecum communem, Tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, *sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem.* Aliter atque si *certis regionibus* possideatis eum fundum: *nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere.* Quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque *in re mobili*, neque *in hereditatis petitione* locum habet: numquam enim pro diviso possideri potest. Daß diese Entscheidung blos bey der rei vindicatio Statt habe, bey der Erbschaftsklage aber die Sache anders sich verhalte, ist schon oben[12]) bemerkt worden. Sie gilt aber auch nicht einmal bey der Reivindication, wenn die Sache eine bewegliche ist. Ist hingegen die gemeinschaftliche Sache eine unbewegliche, so muß

11) *L. 8. D. h. t.*

12) Siehe den Tit. *Si pars hereditat. petatur* §. 572. S. 3. folgg. dieses 8. Theils.

muß nun nach jener Entscheidung der besitzende Miteigenthümer, der mir seinen vierten Theil von dem gemeinschaftlichen fundus, oder die Hälfte seines Antheils hat abtreten müssen, wieder gegen den Nichteigenthümer klagen, um desselben quadrantem zu erhalten. Huber [13]) glaubt jedoch, daß heut zu Tage der Nichteigenthümer, zur Vermeidung jener Weitläuftigkeit, und zur Verminderung der Prozesse, wo nicht iure actionis, doch wenigstens *iudicis officio*, allein zur Abtretung seiner innehabenden Hälfte condemnirt werden dürfte.

Zuweilen läßt sich nicht bestimmt angeben, wie viel man von der in Anspruch genommenen Sache zu seinem Antheil zu fordern habe. Hier hat eine *partis incertae vindicatio* Statt, wie Cajus [14]) sagt, wobey der Römer die Formel brauchte: Quantum paret in ea re meum esse. Der Kläger muß sich nur dabey in einer zu entschuldigenden Ungewißheit befinden. Denn Cajus setzt ausdrücklich hinzu: *Si iusta causa intervenerit.* Cajus giebt das Beyspiel, wenn mir eine Sache vermacht worden, von welcher der Erbe die Falcidische Quarte abziehen kann. Hier

13) Eunomia Rom. pag. 297. seq.

14) *L. 76. §. 1. D. h. t.* Westphal im System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen §. 910. giebt ein anderes Beyspiel, nämlich wenn mehreren einerley Sache vermacht worden, so daß ein ius accrescendi unter ihnen Statt fände. Wenn von diesen legatariis coniunctis einer die Sache allein besäße, ein anderer hingegen abwesend wäre, so daß man nicht wüßte, ob er lebte, oder schon vor dem Erblasser gestorben wäre; so könnte dennoch der dritte Theilhaber einsweilen seinen Antheil auf alle Fälle fordern.

Hier kann ich nur das fordern, was nach Abzug der Falcidie übrig bleibt. Da indessen diese Aengstlichkeit, mit welcher hier der Römer zu Cajus Zeiten seine Klage einzurichten hatte, auf die Vermeidung der Strafe der Plus petitio abzweckte, welche ehemals in dem Verlust der ganzen Forderung bestand, die aber jetzt nicht mehr Statt findet, so werde ich heut zu Tage ohne Bedenken geradezu auf das Legat klagen können, am Ende wird sich's schon finden, wie viel der Erbe wegen der Falcidie abziehen kann. Vielleicht daß auch wohl der Erbe gar nicht daran denkt. Ein anderes Beyspiel giebt **Ulpian**[15]) von einer durch Confusion oder Commixtion entstandenen Gemeinschaft, bey welcher eine vindicatio partis incertae Statt haben kann. Utputa, sagt er, meum et tuum argentum in massam redactum est, erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus, *etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.*

So wenig es nun auf die Art des Eigenthums ankommt, welches man durch die rei vindicatio verfolgt, so wird doch jederzeit ein thätiges und unverhindertes Eigenthum vorausgesetzt. Daher können Kinder, solange sie noch unter der väterlichen Gewalt stehen, die von ihrem peculio adventitio veräußerten Sachen nicht vindiciren[16]); und eben so wenig kann, in der Regel, eine Ehefrau, während der Ehe, die von ihrem Ehemann veräußerten

15) *L. 3. §. 2. D. h. t.* S. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

16) *L. 1. §. 2. C. de ann. except.*

ten Dotalsachen vindiciren [17]). Für solche Personen, die selbst ihr Eigenthum auszuüben gehindert sind, vindicirt deren Stellvertreter, nämlich der Vater, der Ehemann, der Vormund, oder sonstige Verwalter, wenn er auch selbst die rechtswidrige Veräußerung unternommen hätte, denn er vindicirt hier nicht für sich, sondern zum Vortheil des wahren Eigenthümers [18]).

Es entsteht hier noch die Frage, ob der Kläger schon gleich zu Anfang des Prozesses Eigenthümer seyn müsse, oder ob es genug sey, wenn er auch erst nach angestellter Klage das Eigenthum erwirbt? Nach dem römischen Rechte ist diese Frage sehr streitig. Hellfeld behauptet, das römische Recht erfordere, daß der Vindicant schon

17) *L. 9. C. h. t. L. 30. pr. C. de iure dot.* Diesen scheint zwar die *L. 3. C. h. t.* entgegen zu stehen, wo gesagt wird: Mater tua, vel maritus fundum tuum, invita vel ignorante te, vendere iure non potuit: sed rem tuam a possessore vindicare, etiam non oblato pretio, poteris. Allein es ist aus diesem Gesetz eines Theils nicht zu ersehen, ob das veräußerte Grundstück ein fundus dotalis gewesen, andern Theils erhellet auch nicht aus den Worten, ob die Ehe noch Statt hatte, oder zur Zeit der Vindication schon getrennt war, wie VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. ganz richtig bemerkt hat. Eine Ausnahme, wo die Ehefrau während der Ehe veräußerte Dotalsachen vindiciren kann, findet jedoch Statt, wenn der Mann zu verarmen anfangen sollte. *L. 29. Cod. de iure dot.* Man vergleiche hier überhaupt *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. VI. Tit. 1. Qu. 4.

18) Arg. *L. 1. C. de bonis mat. L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor. Nov. 7. Cap. 5. pr. Cap. 6. X. de reb. eccles. non alienand.* VOET h. t. §. 19.

tempore institutae actionis Eigenthümer seyn müsse, und diese Meinung haben unter den ältern Rechtsgelehrten besonders **Voet**[19]), **Noodt**[20]), **Vinnius**[21]), **Huber**[22]), **Schulting**[23]) und **Meyer**[24]), unter den neuern **Malblanc**[25]) und **Rumpf**[26]) vertheidiget. Andere hingegen, zu denen vorzüglich **Lauterbach**[27]), **Eck**[28]), **Westenberg**[29]), **Gundling**[30]), **Hofacker**[31]) und **Emminghaus**[32]) gehören, glauben, daß es schon nach dem römischen Rechte hinreichend sey, wenn der Kläger das Eigenthum nur noch zu der Zeit, wo die Sentenz abzufassen, erlangt. Nun ist zwar die erstere Meinung dem römischen Rechte unstreitig gemäßer, weil nicht nur **Ulpian**[33]) ausdrücklich sagt: Non potest videri in iudi-

19) Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

20) Comm. ad Dig. h. t. pag. 194. *§. Datur igitur.*

21) Comm. ad §. 1. I. de actionib. nr. 16.

22) Praelect. ad Dig. h. t. §. 4.

23) Thes. controversar. Decad. XVIII. Th. 1.

24) Colleg. Argentor. h. t. §. 15.

25) Princip. iuris Rom. P. II. h. t. §. 401.

26) Diss. de rei vindicat. Sect. I. §. 7.

27) Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 8.

28) Dig. h. t. §. 7.

29) Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 9.

30) Diss. de rei vind. §. 14.

31) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1016.

32) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. t.

33) *L. 23. D. de iudic.* *Ger.* NOODT c. l. erklärt diese Stelle ganz richtig so: *Quod dicitur:* in iudicium non venisse id, quod post

iudicium veniſſe id, quod poſt iudicium acceptum accidiſſet, ideoque alia interpellatione opus eſt; ſondern auch bey der *actio ad exhibendum*, als einem die Vindication gewöhnlich vorbereitenden Rechtsmittel, erfordert wird, ut *utroque tempore* interfuerit actoris, rem ei reſtitui: hoc eſt, et *quo lis conteſtatur*, et quo fit condemnatio [34]). Nicht zu gedenken, daß auch ſchon die alte Vindicationsformel: *Aio, hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe*, darauf eingerichtet war, daß der Kläger zur Zeit der angeſtellten Klage Eigenthümer seyn mußte [35]). Allein nach dem canoniſchen Rechte iſt es eine entſchiedene Wahrheit, daß der Prozeß nur dann nicht weiter fortgeſetzt, ſondern eine neue Klage angeſtellt werden müſſe, wenn die Eigenthumsklage auf einen ſpeciell angegebenen Rechtstitel gegründet ward, der Kläger aber nachher das Eigenthum aus einem ganz andern Grunde erworben hat [36]). Dahingegen kann nach dem canoniſchen Rechte

 in

poſt iudicium acceptum accidiſſet, *hunc habet ſenſum: non veniſſe in iudicium, quod poſtea in iure petitoris accidiſſet. Nam ſi is tempore litis conteſtatae non habuit ius petendi; cauſa cadit, etſi poſtea ius acceperit: quia non habuit tempore litis conteſtatae.*

34) *L. 7. §. ult. D. ad exhib.*

35) Die Stellen, welche man von der andern Seite entgegen zu ſetzen pflegt, nämlich *L. 27. §. 1. D. h. t. L. 17. D. mandati. L. 56. D. de iudic. L. 9. §. ult. D. de pign. act.* gehören gar nicht hierher, und betreffen die gegenwärtige Streitfrage auch nicht entfernter Weiſe, wie VOET c. l. §. 4. vortrefflich gezeigt hat.

36) *Cap. 3. de Sentent. et re iudic. in VIto.* — Cum quis egit ex aliqua certa et ſpeciali cauſa, et poſtea, ſive alia, ſive ſimi-

lis

in dem Falle, da die Eigenthumsklage, ohne Anführung eines speciell angegebenen Erwerbungsgrundes, blos darauf gegründet worden ist, daß dem Kläger das Eigenthum zustehe, der Prozeß fortgesetzt werden, wenn die Erwerbung des Eigenthums nachher noch erfolgt, der Kläger mag das Eigenthum erhalten haben, aus welchem Grunde er immer will, wenn nur die Acquisition des Eigenthums zur Zeit des abzufassenden Urtheils noch erfolgte.

lis ei, quam expoſuit, accidit, videri non poteſt illa in iudicium deveniſſe: cum iudex tunc proſpicere ac attendere debeat diligenter, an ex ea omnino eadem, quae prius expreſſa extitit, utpote, quae tunc etiam competeret, actoris intentio ſit fundata. Secus autem, cum egit vel petiit in genere, nullius certae, vel ſpecialis cauſae faciens mentionem, videlicet, quia generaliter forte propoſuit, aliquem obnoxium eſſe ſibi, vel ad ſe iure dominii, vel quaſi, rem aliquam pertinere. Tunc enim hoc praecipue eſt inſpiciendum iudici, an ſufficienter vel minime de iure vel intentione conſtet actoris. Unde ſi de hoc ex cauſa, etiam poſtmodum accidenti, liqueat; poteſt et debet iudex (etiamſi appareat minus iuſte a principio fore actum), ſuum exinde animum informare: quoniam, etſi petitum fuerit indebite, non ab hoc tamen minus valuit et tenuit iudicium ſubſecutum, nec illius acta vel geſta propterea minus valida extiterunt, nec etiam iudex ipſe, cognita taliter veritate, pronunciare in contrarium poſſet cum libera conſcientia et ſecura. Non prodeſſet etiam multum reo, ſi tunc forte in ipſum ex huiusmodi ſupervenienti cauſa condemnatio non ferretur; cum, mox alio inſtituto iudicio, foret ex illa merito condemnandus. Unde, etſi actori ſuam ex ſupervenienti cauſa intentionem ſufficiat fundaviſſe, cum egit, aliqua cauſa ſpecialiter non expreſſa; ſecus tamen eſt, ſi certam et ſpecialem in ſua petitione ſubiunxerit: niſi poſtmodum intentionem ſuam ex eadem prorſus (quam prius expreſſit), tunc etiam competenti cauſa fundarit.

folgte [37]). Daß der Kläger in jenem Falle, da er zur weitern Verfolgung seines nachher erworbenen Eigenthumsrechts eine neue Klage anstellen muß, dem Gegner die Kosten des vorher geführten Prozesses zu erstatten schuldig sey, ist die gewöhnliche Folge der Aenderung der Klage [38]).

Verliert der Kläger während des Prozesses das Eigenthum, so muß er die Klage fallen lassen, weil die Sache nun in eine Lage gekommen ist, in welcher gleich Anfangs keine Klage Statt haben konnte, und der Grund derselben gänzlich aufgehoben und zernichtet ist, auch nun alles Interesse des Klägers wegfällt [39]).

In Absicht auf den Gegenstand der rei vindicatio ist zu bemerken, daß sie bey allen Arten körperlicher Sachen Statt findet, woran man ein wahres Eigenthum haben kann, wie schon oben (§. 576. S. 35.) bemerkt worden ist. Hier bemerke ich nur noch, daß auch

37) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. et 7. Ist jedoch dem Kläger zum Erweis des Eigenthums eine peremtorische Frist gesetzt, so muß derselbe noch vor Ablauf dieser Beweisfrist das Eigenthum erworben haben, wie STRYK in Us. mod. Pand. h. t. §. 11. nicht ohne Grund erinnert, weil der Richter secundum acta et probata sprechen muß. Man sehe auch RUMPFF Diss. cit. §. 7.

38) CARPZOV P. I. Const. XI. Def. 11. Danz Grundс. des ordentl. Prozesses §. 503.

39) Arg. *L. 14. D. de condict. furt. §. penult. I. de noxalib. act. et L. 7. §. ult. D. ad exhibendum.* VOET in Comment. h. t. §. 4. circ. fin.

Urkunden, z. B. Testamente [40]), desgleichen Obligationen oder Schuldverschreibungen [41]) ein Gegenstand der Eigenthumsklage seyn können. Eben so wenig ist es einigem Zweifel unterworfen, daß auch Gelder (nummi), sofern sie noch in den Händen des ersten Empfängers sind, und der Beklagte solche noch nicht mit seinem Gelde vermischt hat, vindicirt werden können [42]). Ist von der Sache, die uns ganz zugehörte, nur noch ein Theil übrig, so kann dieser noch vindicirt werden [43]); z. E. der leere Platz des abgebrannten Hauses, die noch vorhandene Haut von einem uns zugehörigen und nicht mehr lebenden Stück Vieh [44]).

Auch

40) *L. 3. D. Testam. quemadm. aperiant.*

41) S. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 96. und Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle. 3. Band. Nr. XXXVIII.

42) *L. 11. §. 2. L. 14. D. de rebus cred. L. 26. §. 9. L. 46. D. de condict. indeb. L. 67. D. de iure dot. L. 24. §. 2. D. de rebus auct. iudic. possid. L. 78. D. de solut. L. 8. Cod. depositi.* Man vergleiche BRANCHU de numorum vindicatione; in EIUS Observat. ad ius Rom. Dec. II. Cap. 16. Wird das Geld nicht als körperliche Sache betrachtet, sondern als eine Quantität, die man zu fordern hat, so findet nicht die rei vindicatio, sondern eine condictio Statt. *L. 19. §. 2. D. de condict. indeb.*

43) *L. 49. §. 1. D. h. t.* Meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo.

44) *L. 22. D. de legat. I.* Si grege legato — vel *unus bos* superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse: quemadmodum, *insula legata*, si combusta esset, *area* possit vindicari. *L. 14. §. 2. D. de condict. furtiva.* Bove subrepto et occiso, condictio et bovis et *corii* et carnis domino competit; scilicet si et *corium* et caro contrectata fuerunt: *cornua* quoque condicentur. Diesem ist die *L. 49. pr. D. de legat. II.* nicht ent-

Auch eine Heerde kann vindicirt werden, und zwar kann der Eigenthümer entweder die dazu gehörigen Stücke Vieh einzeln, oder auch dieselben alle, nomine collectivo, in der Vindication begreifen. Es ist in diesem Falle nicht nöthig, daß ihm alle einzelne Stücke gehören müßten. Die Stücke, die ihm nicht gehören, behält der Besitzer, wenn nur der Kläger an den mehresten Anspruch machen kann, sonst muß er die ihm eigen gehörigen Stücke einzeln vindiciren [45]. Ganz anders verhält sich's mit einem Pekulium. Hier findet keine Vindication des collectiven Ganzen Statt, sondern man kann nur die einzelnen dazu gehörigen Sachen mit den dazu schicklichen Klagen verfolgen [46]. Denn das Pekulium enthält, als eine universitas iuris, Sachen von verschiedener Art, körperliche und unkörperliche, bewegliche und unbewegliche, eigene

entgegen, wo gesagt wird: Mortuo bove, qui legatus est, neque corium neque caro debetur. Denn offenbar redet das Gesetz von einem solchen Falle, wo ein Stück Vieh vermacht worden, welches aber bey Lebzeiten des Erblassers nachher gestorben war. Hierdurch war nun freylich das ganze Legat erloschen. Es ist also ganz unrichtig, wenn VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 28. glaubt, das Gesetz enthalte beym legato animalis eine Ausnahme, wovon der Grund darin liege, *quia dominium naturaliter et vere ad legatarium non pertinuit ante traditionem, sed tantum civiliter ex iuris fictione.* Daß dieser Grund gar nichts entscheiden könne, lehrt die angeführte *L.* 22. Man vergleiche hier RUMPFF Diss. cit. Sect. I. §. 4. und Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen §. 913.

45) *L. 1. §. 3. D. h. t.* Siehe oben S. 35. und Westphal a. a. O. §. 907.

46) *L. 56. D. h. t.*

ne und fremde Sachen [47]). Hierauf paßte auch gar nicht die Form des alten Vindicationsprozesses, wohl aber auf die Vindication einer Heerde, welche, als eine universitas corporum uniformium, auch durch ein Schaaf ganz füglich vorgestellt werden konnte [48]).

Ist die Sache, welche ich vindiciren will, mit einer andern nicht in Anspruch zu nehmenden Sache des Besitzers vereiniget, jedoch so, daß eine Trennung auf mein Verlangen geschehen kann, so muß erst durch die actio ad exhibendum auf Trennung geklagt werden [49]). Ist die Acces-

47) *L. 7. §. 4. D. de peculio.* In peculio autem res esse possunt omnes, et mobiles, et soli: vicarios quoque in peculium potest habere, et vicariorum peculium: hoc amplius, et nomina debitorum. Ein *Servus vicarius* wurde derjenige genennt, qui ordinario subest, eique paret. *L. 5. §. 1. D. de tribut. act. L. 19. pr. D. de pecul.* Conf. ALEXANDRI *ab* ALEXANDRO Genial. dierum. Tom. I. Lib. III. cap. 25. pag. 840. (edit. *Lugd. Batav.* 1673. 8.)

48) S. BRANCHU Observat. ad ius Rom. Dec. II. Cap. 16. p. 110. besonders aber RUMPFF cit. Diss. Sect. I. §. 5.

49) *L. 23. §. 5. D. h. t.* Quaecunque aliis iuncta, sive adiecta, accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: sed *ad exhibendum* agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod *Cassius* de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi: et, quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit: *quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem; plumbatura non idem efficit.* Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.

Accession oder Adjunction nicht trennbar, und meine Sache ist die Prinzipalsache, so kann ich zwar das Ganze nebst der Accession vindiciren, allein ich muß den Besitzer wegen der Adjunction entschädigen [50]). Hat hingegen Jemand mit meinem Gelde eine Sache für sich erkauft, so bin ich eine solche Sache als mein Eigenthum zu vindiciren auf keine Weise befugt [51]), quia in iudiciis singularibus res in locum pretii non succedit. Nur in einigen wenigen Fällen machen die Gesetze eine Ausnahme, welche bey dem folgenden Paragraph vorkommen werden.

§. 585.

Vom Beweis des Eigenthums.

Der Grund der Reivindication ist Zuständigkeit des Eigenthums. Wer vindicirt, muß also sein Eigenthum rechtlich erweisen, der Beklagte läugne entweder das Eigenthum des Klägers schlechthin, oder behaupte, daß ihm selbst das Eigenthum zustehe, welches man eine *contra-vin-*

50) *L. 23. §. 4. D. eod.* In omnibus casibus, in quibus mea res *per praevalentiam* alienam rem trahit, meamque efficit, si eam rem vindicem, *per exceptionem doli mali* cogar pretium eius, quod accesserit, dare.

51) *L. 6. Cod. h. t.* Si ex ea pecunia, quam deposueras, is, apud quem collocata fuerat, sibi possessiones comparavit, ipsique traditae sunt: tibi vel omnes tradi vel quasdam ex his compensationis causa ab invito eo in te transferri, iniuriosum est. Add. *L. 8. C. Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine.* VOET h. t. §. 21. und *Io. Frid.* OLEARII Diss. de rei vindicatione non competente alteri, cuius pecunia res acquisita fuit. *Lipsiae* 1714.

vindicatio [52]) nennt. Dieser Beweis kann nun auf sehr mannichfaltige Art hergestellet werden [53]).

I. Gründet sich der Kläger auf eine ursprüngliche Erwerbungsart, z. E. Occupation, oder auf eine solche, welche durch sich selbst, wie die Accession und Verjährung, den wahren Eigenthümer ohne dessen Zustimmung ausschließt, so darf nur die Existenz dieses Erwerbgrundes dargethan werden [54]).

II. Stützt sich hingegen der Kläger auf eine ihm willkührlich geschehene Uebertragung, so muß er nicht nur beweisen, daß die Sache durch ein rechtsgültiges Geschäft auf ihn gekommen sey, wodurch man das Eigenthum der Sache erwerben kann, sondern auch, daß sein Auctor das Eigenthum, welches er vindicirt, auf ihn übertragen konnte und wollte. Denn nur dadurch erweißt er, daß er wahrer Eigenthümer sey, wenn er im Falle einer solchen derivativen Erwerbung darthut, daß zwischen ihm und seinem Auctor einst ein solches Rechtsverhältniß eingetreten sey, welches ihm, dem Vindicanten, Eigenthum verschaffen konnte [55]). Dies schließt nun aber auch nothwendig den Beweis in sich, daß des Vindicanten Auctor die Sache durch ein solches Rechtsgeschäft erhalten habe, dadurch er das Eigenthum erwerben konnte. *Traditio*

52) BERGER Diss. de contravindicatione. *Vitemb.* 1708.

53) S. SCHROETER Diss. de probatione dominii. *Ienae* 1705.

54) S. THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. Th. §. 566.

55) Man vergleiche hier *Franz* SCHOEMANN Handbuch des Civilrechts. II. Band. Nr. III. S. 46. ff.

ditio enim nihil amplius transferre debet vel poteſt ad eum, qui accipit, ſagt **Ulpian**[56]), quam eſt apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: ſi non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. Hat der Vindicant das Eigenthum der Sache durch Kauf erworben, ſo muß er nicht nur beweiſen, daß ihm die Sache von ſeinem Auctor wirklich übergeben worden ſey[57]), und er daher den Beſitz der Sache gehabt habe, ſondern er muß auch noch auſſerdem darthun, daß er das Kaufgeld bezahlt, oder ſonſt ſeinen Auctor befriediget habe[58]). Dieſe Strenge des Beweiſes iſt bey der actio in rem publiciana nicht erforderlich[59]). Bey der Reivindication wird ſie aber auch ſogar alsdann erfordert, wenn auch gleich der Beklagte, auſſer dem Beſitz, ſonſt gar nichts für ſich hat[60]). Zuweilen iſt

56) *L. 20. D. de acquir. rer. dom.*

57) *L. 50. pr. D. h. t. L. 27. Cod. eodem.*

58) *L. 19. L. 53. D. de contrab. emt. §. 41. I. de rer. diviſ. L. 15. C. de rei vindic. L. 2. §. 1. C. de quadr. praeſcr.* S. MÜLLER ad *Struvii* Syntagma iuris civ. Exercit. XI. Th. 14. Not. ξ. pag. 681. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 8. D. de public. in rem act. RUMPFF cit. Diſſ. Sect. I. §. 15. Anderer Meinung iſt jedoch Weſtphal im Syſtem des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 1002.

59) *L. 8. D. de public. in rem act.* De pretio vero ſoluto nihil exprimitur. Unde poteſt coniectura capi, quaſi haec ſententia Praetoris ea ſit, ut requiratur, *an ſolutum ſit pretium.* S. SCHOEMANN a. a. O. S. 53.

60) *L. 28. Cod. h. t.* Res alienas poſſidens, licet iuſtam tenendi cauſam nullam habeat, non niſi *ſuam intentionem implenti* reſtituere cogitur. S. Weſtphal im angef. Syſtem §. 967.

ist jedoch der Beweis des Eigenthums mit weniger Schwierigkeit verbunden. Hierher gehören folgende Fälle.

1) Wenn Jemand die Sache, welche er vindicirt, vom Fiskus oder dem Regenten, oder desselben Gemahlin, als Eigenthum derselben, durch Kauf, Schenkung oder durch einen andern Rechtstitel erhalten hat [61]). Hier braucht er nur diesen Erwerbgrund zu beweisen. Denn wer etwas vom Fiskus, oder von dem Regenten oder dessen Gemahlin, als deren Eigenthum, erhält, ist gegen allen Anspruch und Anfechtung gesichert. Er kann auch sein Recht gegen jeden Dritten durch Klage und Einrede geltend machen, und kann einen jeden geradezu an seinen Auctor verweisen, um die Sache mit ihm auszumachen [62]).

2) Wenn

61) *L.* 2. *et* 3. *C. de quadr. praescr.* S. SLEVOGT Diss. de alienatione fisci vel imperatoris privilegiata. *Ienae* 1708. und besonders Westphal in dem angef. System §. 895—900.

62) *§. ult. I. de usucap.* Edicto D. *Marci* cavetur, eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divae memoriae *Zenonis* bene prospexit iis, qui a *fisco* per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: *ut ipsi quidem securi statim fiant, et victores existant, sive experiantur, sive conveniantur;* adversus autem sacratissimum aerarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus (*L. 3. C. de quadr. praescr.*), etiam de iis, qui a nostra vel venerabilis Augustae domo aliquid acceperint, haec statuit, quae in fiscalibus alienationibus praefatae Zenonianae constitutionis continen-

2) Wenn der Kläger zu den Personen gehört, welche, gegen die sonst gemeine Regel des Rechts [63]), das Vorrecht haben, daß sie eine, mit ihrem Gelde einseitig erkaufte Sache, ohne jedoch den etwanigen wahren Eigenthümer dadurch auszuschließen, von dem Käufer, und allen, ihm folgenden Besitzern durch eine vindicatio utilis abfordern können, wenn er seiner Forderung wegen auf andere Art nicht befriediget werden kann. Dahin gehören

a) Pupillen und Minderjährige, wenn deren Vormund mit ihrem Gelde Sachen auf seinen eigenen Namen erkauft hat. Von diesem Falle sagt **Ulpian** [64]): Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, — praedia *in nomen suum* emerit: *utilis actio* ei, cuius pecunia fuit, datur *ad rem vindicandam.* Nicht alle Rechtsgelehrten verstehen zwar die Klage, die in diesem Gesetz dem Pupillen gestattet wird, von der Reivindication. Schon **Anton Faber** [65]) und **Caspar Schifordegher** [66]) sprachen den Pupillen alles Eigenthumsrecht an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen ab; und unter

tinentur. Es ist noch bemerkenswerth, daß dem wahren Eigenthümer ein Zeitraum von vier Jahren gesetzt ist, um seinen Regreß auf Entschädigung gegen den Fiskus zu nehmen.

63) *L. 6. C. h. t. L. 4. C. communia utriusque iudic. L. 8. C. Si quis alteri vel sibi. Pet.* MÜLLER Diss. de re pecunia aliena comparata. *Ienae* 1688.

64) *L. 2. D. Quando ex facto tutor.*

65) Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 9.

66) Ad *Anton.* FABRUM Lib. II. Tract. XXII. Qu. 3.

unter den neuern Rechtsgelehrten erklärt auch **Westphal**[67]) jene *actio utilis ad rem vindicandam* blos von der hypothekarischen Klage, weil den Pupillen auf den gekauften Sachen nur eine stillschweigende Hypothek zustehe, welcher jedoch im Concurs ein Absonderungsrecht zukommen soll; dahingegen **Dabelow**[68]), welcher zwischen Pfandrecht und Absonderungsrecht einen offenbaren Widerspruch findet, unter der gedachten actio utilis blos einen Antrag auf Absonderung dieser Sachen, die der Vormund auf eigenen Namen mit dem Gelde des Pupillen erkauft hat, verstanden wissen will. Andere Rechtsgelehrte, z. B. **Meißner**[69]), gestehen zwar dem Unmündigen das Eigenthum, und wegen desselben die utilis rei vindicatio zu, aber nur in sofern, als sich der Wille des Vormundes, für den Mündel die Sache zu erwerben, vermuthen läßt. Wo dieser präsumtive Wille hingegen nicht denkbar sey, z. B. der Vormund hat die mit des Pupillen Gelde erkaufte Sache sogleich wieder veräußert, oder selbige nicht ganz mit dem Gelde seines Mündels erworben, sondern einen Theil der Kaufsumme bey einem Dritten auf seinen Namen erborgt; da stehe dem Pupillen an der von seinem Vormund gekauften Sache kein Eigenthum, sondern nur eine Hypothek zu. Hier könne er sich also nicht der utilis rei vindicatio, sondern nur der Pfandklage bedienen[70]). Allein die

67) Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrechte §. 100. Not. 120.

68) Ausführliche Entwickel. der Lehre vom Concurse der Gläubiger Kap. 12. S. 364. ff.

69) Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte §. 88.

70) So vereinigt man die *L. 6. C. de servo pign. dato* mit der oben angeführten *L. 2. D. Quando ex facto tut.*

die meisten Rechtsgelehrten [71]) stimmen darin überein, daß dem Mündel das Eigenthum an der vom Vormunde einseitig mit seinem Gelde erkauften Sachen, und zwar unbedingt zustehe, wenn ihn auch der Vormund sonst entschädigen könnte. Der Pupill habe daher die Wahl, ob er die Sache selbst vindiciren, oder sein Geld mit den gesetzlichen Zinsen fordern wolle. In welchem letztern Falle dem Pupillen dieser Forderung wegen eine stillschweigende Hypothek auf dem Vermögen seines Vormundes zustehe. Diese Meinung verdient unstreitig den Vorzug. Denn 1) wird der Ausdruck *utilis vindicatio* nie vom Pfandrechte, sondern immer nur in dem Falle gebraucht, da entweder die Gesetze ein Eigenthum unmittelbar geben, oder das Eigenthum, was nach der Strenge des Rechts verlohren war, der Billigkeit wegen wieder hergestellet wird. Zwar ist nicht zu läugnen, daß die hypothekarische Klage nach dem Beyspiel aller dinglichen Klagen auch Vindicatio in den Gesetzen genennet wird, aber nirgends findet man, daß ihr das Prädicat: *utilis vindicatio*, wegen eines gesetzlichen Pfandrechts wäre beygelegt worden, wie Herr Prof. **Dabelow** [72]) ganz richtig gegen **Westphal** erinnert hat. Vielmehr wird durch diesen Ausdruck unläugbar angezeigt, daß dem Pupillen an der Sache, welche der Vormund mit seinem

71) VOET in Comm. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. §. 15. MÜLLER in Diss. de re pecunia aliena comparata. Cap. IV. Th. 1. seqq. OLEARIUS in Diss. de rei vindicat. non compet. alteri, cuius pec. res acquisita fuit. Cap. II. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 659. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 566. MALBLANC Dig. P. II. §. 401.

72) a. a. O. S. 361.

seinem Gelde erkauft hat, ein gesetzliches Eigenthum zustehe. 2) Spricht für diese Meinung auch eine deutliche Verordnung in dem Justinianeischen Codex [73]), welche folgendermassen lautet: Si curator post decretum Praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi praedium comparavit: *elige, utrum malis in emtione negotium tibi eum gessisse, an, quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere:* secundum quae iudex, tutelae iudicio redditus, partem religionis implebit. Man wendet zwar ein, daß die *utilis ad rem vindicandam actio*, welche in dem angeführten Falle dem Pupillen gestattet wird, ein ausserordentliches Rechtsmittel sey, wodurch ihm zu dem Seinigen wieder verholfen werden soll, ein solches Rechtsmittel werde nie gestattet, wo die ordentlichen zureichen. Wäre nun der Vormund noch im Stande, den Pupillen zu befriedigen, so würde derselbe schon durch das gemeine Rechtsmittel aus dem Quasicontract der Vormundschaftsverwaltung hinlänglich gedeckt gewesen seyn, und es dieses ausserordentlichen Rechtsmittels nicht bedurft haben [74]). Allein dieser Einwurf widerlegt sich dadurch sogleich von selbst, daß es bekannten Rechten nach den Minderjährigen frey steht, auch da zu einem ausserordentlichen Rechtsmittel ihre Zuflucht zu nehmen, wo sie durch die actio tutelae vom Vormund entschädiget werden könnten [75]). Das Separationsrecht, welches **Westphal** und **Dabelow** den Pupillen wegen der mit ihrem Gelde erkauften Sachen im

73) *L. 3. Cod. Arbitrium tutelae.*

74) Man sehe **Dabelow** a. a. O. S. 365.

75) *L. 3. C. Si tutor vel curator intervenerit.*

im Concurs einräumen, kann also wohl offenbar keinen andern Grund haben, als ein Eigenthumsrecht, welches denselben an diesen Sachen zusteht [76]. Der Grund dieses besondern Rechts der Pupillen aber beruhet darin, daß man nach rechtlicher Vermuthung immer annehmen muß, der Vormund handle für seinen Mündel, weil er von Amtswegen verbunden ist, die Gelder des Pupillen zum Ankauf nützlicher Grundstücke zu verwenden [77]. Hierdurch wird endlich auch der Einwurf gehoben, daß es einer actio utilis nicht bedurft haben würde, wenn der Pupill sogleich das Eigenthum von den mit seinem Gelde erkauften Sachen erworben hätte, indem er sich alsdann der Reivindication geradezu bedienen könnte. Denn man erwäge, 1) daß die Reivindicatio directa nur demjenigen zustehe, der durch eine solche Erwerbungsart das Eigenthum acquirirt hat, welche in dem natürlichen Rechte, oder in den ältern Civilgesetzen gegründet ist [78]. 2) Konnte überhaupt der Vormund nach dem Grundsatz des strengen römischen Rechts, daß Niemand durch einen freyen Bürger geradezu Rechte erlangen konnte, seinem Pupillen durch seine Handlungen nur eine *actio utilis* erwerben [79]. Ein gleiches Vorrecht wird in der Praxis

76) S. Schmidts rechtl. Abh. von Separatisten. 2 Th. §. 53.

77) *L. 5. pr. D. de admin. tutor.* S. RUMPFF Diss. cit. Sect. I. §. 14.

78) *L. 23. pr. D. h. t.*

79) *L. 2. et 4. Cod. Quando ex facto tutor.* Vergl. Weber zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 205. Not. 2.

b) auch den **Kirchen** eingeräumt, wenn ihre Vorsteher und Verwalter mit Kirchengeldern Sachen für sich gekauft haben [80]). Denn Kirchen genießen überhaupt die Rechte der Minderjährigen [81]). Hierher gehören ferner

c) **Soldaten** in Ansehung der mit ihrem castrensischen Gelde von einem Dritten auf eignem Namen erkauften Sachen. Dieses Vorrecht beruhet in einer klaren Verordnung des römischen Rechts. Si, ut proponis, so rescribirt Kr. **Philippus** an einen Soldaten gleiches Namens [82]), pars adversa *pecunia tua* quaedam *nomine suo* comparaverit, Praeses provinciae *utilem vindicationem* obtentu militiae eo nomine impertiri desideranti, *partes aequitatis* non negabit: item mandati quoque, sive negotiorum gestorum actionem inferenti tibi, iurisdictionem praebebit. Die Worte: *partes aequitatis non negabit*, zeigen an, daß der Richter dem Kläger nicht weiter helfen soll, als es die Billigkeit erfordert. Diese erfordert aber weiter nichts, als daß hier der Kläger wieder zu seinem Gelde komme. Kann er also deshalb vollkommen entschädiget werden, so kann er die Sache selbst nicht in Anspruch nehmen, sondern muß *actione mandati* oder *negotiorum gestorum* gegen den klagen, der seine Gelder verwaltet, und sie in seinen Nutzen verwendet hat. Zwar sind die letztern Worte des Gesetzes so gefaßt, daß man

80) MÜLLER cit. Diss. Cap. IV. §. 16. OLEARIUS cit. Diss. Cap. II. §. 5. TOPP Diss. de utilis rei vindicat. speciebus §. 18.

81) *Clem. 2. de relig. dom. Cap. 1. X. de in int. restitut. Can. 4. Caus. XII. Qu. 5.*

82) *L. 8. Cod. h. t.*

man beym ersten Anblick glauben sollte, es sey auch hier der freyen Willkühr des Soldaten überlassen, ob er sich der *actio mandati*, um zu seinem Gelde wieder zu kommen, oder der *vindicatio utilis* an den Sachen selbst bedienen wolle. Noch mehrern Schein gewinnt dieses, wenn man auf die Worte: *obtentu militiae* Rücksicht nimmt, welche deutlich zu erkennen geben, daß von einem militärischen Privilegium die Rede sey; wenn man ferner erwägt, daß zuerst dem Soldaten die vindicatio utilis geradezu gegeben, und es ihm nachher frey gestellet wird, sich auch der actio mandati, oder negotiorum gestorum zu bedienen; ja wenn man endlich bedenkt, daß auch nicht einmal auf eine entfernte Art in dem Gesetz auf den verschuldeten Zustand desjenigen angespielet wird, der mit dem Gelde des Soldaten für sich die Sachen erwarb [83]). Allein alles dessen ungeachtet glaube ich doch nicht, daß das Gesetz es habe blos der Willkühr des Soldaten überlassen wollen, ob er sich der dinglichen oder der persönlichen Klage bedienen wolle. Denn die utilis vindicatio ist doch ohne allen Zweifel ein ausserordentliches Rechtsmittel, das, so lange als es noch ein ordentliches Rechtsmittel giebt, nicht Statt haben kann. Es ist auch nirgends ein Gesetz vorhanden, welches den Soldaten ein solches Vorrecht, welches Minderjährige haben, mitgetheilt hätte, daß sie sich auch dann

 eines

83) Aus diesen Gründen glaubt auch wirklich *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 6. C. Si quis alteri vel sibi sub alterius nom. pag. 329. daß dem Soldaten die vindicatio utilis zustehe, ohne Rücksicht, ob sein Procurator ihn entschädigen kann oder nicht, mit dem auch HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. circ. fin. übereinstimmt.

eines ausserordentlichen Rechtsmittels bedienen dürften, wo sie durch ein ordentliches entschädiget werden könnten. Es läßt sich auch nicht annehmen, daß das Gesetz aus besonderer Begünstigung des Soldatenstandes hier eine gleiche Ausnahme, wie bey den Minderjährigen habe machen wollen; da die Zulassung einer vindicatio utilis schon gegen die Regel des gemeinen Rechts streitet, und Privilegien so viel möglich einschränkend erklärt werden müssen. Daß in dem Gesetz der Insolvenz desjenigen, der die Sachen mit dem Gelde des Soldaten für sich anschafte, nicht erwähnt wird, thut nichts zur Sache, genug daß der Umstand in dem Geiste des Gesetzes liegt. Denn das Gesetz sagt ausdrücklich, die vindicatio utilis soll Statt haben, soweit es die Billigkeit erfordert, und zwar, welches nicht ausser Acht gelassen werden darf, wird auf den Richter [Praeses provinciae] verwiesen, welcher also aus den Umständen zu beurtheilen wissen wird, ob der Billigkeit nach die *actio in rem utilis* zu gestatten, oder die *actio mandati* zur Entschädigung des Klägers hinlänglich sey. Denn das Gesetz ist ein Rescript, welches eine Antwort auf eine dem Kaiser vorgelegte Frage enthält. Vermuthlich war nun diese Anfrage blos darauf überhaupt gerichtet, ob der Quärent nicht die Sache als sein Eigenthum in Anspruch nehmen könne, die sein Procurator für sich mit seinem Gelde erkauft hat, ohne die nähern Umstände anzugeben, ob der Procurator ihn sonst zu entschädigen im Stande sey. Dieses muß also der Richter, an den der Quärent mit seiner Klage verwiesen wird, aus den Umständen zu beurtheilen wissen. Der Kaiser wollte hier nur überhaupt zu erkennen geben, daß beyde Klagen Statt finden. Da nun aber die Billigkeit weiter nichts erfordert,

als

als daß der Kläger wieder zu seinem Gelde komme, so muß er also zuvörderst seine Entschädigung durch die persönliche Klage suchen, und kann nur dann an die gekauften Sachen selbst sich halten, wenn er anders nicht entschädiget werden kann [84]). Endlich hat auch

d) die Ehefrau das Recht, daß sie in gewissen Fällen die mit ihrem Gelde von ihrem Ehemann erkauften Sachen, als ihr Eigenthum, in Anspruch nehmen kann. Es lassen sich hier zwey Fälle denken.

1) Das Geld war dem Mann als Heyrathsgut inferirt. Hat nun der Mann mit den Dotalgeldern seiner Frau Sachen gekauft, so kann sie die Frau, als ihr Eigenthum, vindiciren,

α) wenn sie für die Frau gekauft worden sind. Hier sind jedoch wieder verschiedene Fälle zu unterscheiden. Die Sachen waren der Frau entweder wirklich von dem vorigen Eigenthümer oder ihrem Ehemann tradirt, oder nicht. In dem ersten Falle hat sie daran das wahre und ausschließliche Eigenthum erworben, wegen dessen ihr die rei vindicatio directa gegen jeden, auch den dritten Besitzer,

84) In soweit stimmen auch Westphal im Pfandrecht §. 100. Not. 120. S. 151. und DABELOW vom Concurse der Gläubiger Kap. XII. S. 371. mit mir überein, obgleich ersterer nur ein gesetzliches Pfandrecht, letzterer aber ein Absonderungsrecht annimmt, worauf jene *vindicatio utilis* sich beziehen soll; weshalb ich aber das, was ich schon ad a dagegen erinnert habe, auch hier wiederholen muß.

sitzer, zusteht [85]). In dem letztern Falle hingegen war es entweder in den Ehepacten ausgemacht worden, daß wenn der Ehemann mit den Dotalgeldern seiner Frau Sachen erkaufen würde, selbige an die Stelle des Brautschatzes treten sollten, oder es war dieses nicht ausdrücklich verabredet worden. In dem ersten Falle gehört das Eigenthum an diesen Sachen der Frau, welches ganz dem Geiste der römischen Gesetze gemäß ist. Denn so sagt **Paulus** [86]): Permutatio dotium *conventione* fieri potest. Ferner **Modestin** [87]): Ita constante matrimonio *permutari dotem posse* dicimus, si hoc mulieri utile sit: ut ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam. Idque probatum est. Und **Ulpian** [88]) fügt hinzu: Quod si fuerit factum, *fundus* vel *res dotalis efficitur*. Daß dergleichen Permutation einen Vertrag voraussetze, sagt auch **Julian** [89]): Constat, posse inter uxorem et virum conveniri, *ut dos, quae in pecunia numerata esset, permutaretur et transferatur in corpora*, cum mulieri prodest. Ueberall wird also hier nur darauf Rücksicht genommen, ob dergleichen Permutation der Frau vortheilhaft sey, darauf hingegen kommt hier nichts an, ob der Mann im Stande wäre, die Dotalgelder der Frau zu ersetzen, oder

85) *L. 6. Cod. Si quis alteri vel sibi sub alt. nom.* am Ende. GIPHANIUS in Comm. ad h. L. pag. 329. SCHOEPF Decis. XCI. nr. 4. 5. et 6. Consil. Tubingens. Vol. IX. Consil. 68. nr. 12.

86) *L. 25. D. de iure dot.*

87) *L. 26. D. eod.*

88) *L. 27. D. eodem.*

89) *L. 21. D. de pact. dotal.*

oder nicht [90]). Es hat auch keinen Zweifel, daß der Ehefrau wegen dieser Sachen eine vindicatio directa zustehe [91]). Nur in dem letzten Falle, da ein solcher Vertrag über Permutation des Heyrathsgutes nicht geschlossen worden, der Mann aber doch mit dem Dotalgelde der Frau für diese Güter gekauft hat, ohne daß sie ihr jedoch von dem vorigen Eigenthümer, oder dem kaufenden Ehemann tradirt worden wären, würde die Frau an diesen Gütern anders keinen Anspruch machen können, als wenn sie, wegen ihrer Forderung, sonst nicht befriediget werden könnte, sondern andern Gläubigern ihres Mannes nachstehen müßte. Denn in diesem Falle wird der Frau das Recht eingeräumt, sogar angeschlagene Dotalgüter, deren Eigenthum vollkommen auf den Mann übergangen war, als ihr Eigenthum zu vindiciren, wenn sonst andere Gläubiger ihres Ehemannes ihr vorgezogen werden würden [92]).

β) Wenn der Ehemann Sachen für sich gekauft, und selbige mit den Dotalgeldern der Frau bezahlt hat, so erlangt eigentlich die Frau daran kein Eigenthum. Ganz entscheidend spricht darüber eine Verordnung der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** [93]), welche folgendermaßen lautet: Ex pecunia dotali fundus a marito tuo

90) S. *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. V. cap. 9.

91) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. X. Th. 6. lit. ξ. OLEARIUS cit. Diss. Cap. II. §. 7.

92) *L. 30. Cod. de iure dot.* S. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disputat. VII. Thes. 9. Lit. B. pag. 368. Verb. *Plane postquam* IUSTIN. etc.

93) *L. 12. Cod. de iure dot.*

tuo comparatus, *non tibi quaeritur*, cum neque maritus uxori actionem emti possit acquirere: at dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus Praesces provinciae, si non te transegisse repererit, sed ex maiore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit. Wenn nun aber gleichwohl Cajus [94]) sagt: Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, *dotales esse videntur*; so entsteht hier eine nicht geringe Schwierigkeit, wie dieser Ausspruch mit jener Verordnung zu vereinigen sey. Verschiedene Rechtsgelehrten [95]) sind zwar der Meinung, daß bey diesen sich widerstreitenden Gesetzen keine Vereinigung durch eine Auslegung möglich sey, sondern daß hier blos die Regel entscheide, nach welcher das Gesetz des Codex, als die jüngere Verordnung, dem Gesetz der Pandecten derogire. Allein diese Meinung läßt den starken Zweifel übrig, daß ohne Noth den Verfassern der Pandecten eine solche Unachtsamkeit oder Gedankenlosigkeit, ein schlechterdings ungültiges Gesetz in die Pandecten aufgenommen zu haben, da ihnen doch die neuere Verordnung nicht hat unbekannt seyn können, nicht wohl zum Vorwurf gemacht werden kann. Man muß daher, wie Herr Justizrath **Hufeland** [96]) sehr richtig bemerkt, bey

94) *L. 54. D. eodem.*

95) HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 83. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 13. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. Band VI. Medit. 320. S. 50. THIBAUT System des P. R. 1. B. §. 453. a. E. S. 327. und MEISSNER Darstell. der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. 2. Th. §. 200. S. 509.

96) Im Pandectencompendium oder Lehrbuch des Civilrechts. I. Heft. (Giessen 1807. 8.) §. 57.

bey scheinbar widerstreitenden Gesetzen immer lieber gegenseitige Beschränkung, als Aufhebung annehmen. Die meisten Rechtsgelehrten stimmen denn auch darin überein, daß beyde Gesetze neben einander bestehen, und durch richtige Auslegung aufrecht erhalten werden können, so uneinig sie auch übrigens unter sich in Absicht auf die Art der Vereinigung derselben sind. Einige nehmen die L. 12. Cod. alleg. als Regel an, von welcher die L. 54. D. eod. die Ausnahme enthalte. Diese weichen jedoch wieder in Absicht auf die nähere Bestimmung der Ausnahme von einander ab. Accursius versteht die L. 54. von dem Falle, wenn der Mann mit dem Ehegelde seiner Frau im Namen derselben, und mit ihrer Einwilligung Sachen erkauft hat; und dieser Erklärung sind nachher mehrere, besonders Anton Faber [97]), **Voet** [98]), **Mantica** [99]), **Rumpff** [100]) und **Malblanc** [1]), beygetreten. Die griechischen Ausleger der Justinianeischen Rechte [2]) hingegen erklären diese Stelle von einem solchen Falle, da der Ehemann insolvent, und daher ausser Stande ist, der Frau die inferirten Dotalgelder zu restituiren. Dieser Meinung sind auch die meisten Rechtsgelehrten zugethan, vorzüglich Cujaz [3]), **Noodt**,

97) Conjectur. iuris civ. Lib. V. cap. 9.

98) Commentar. ad Pand. h. t. §. 21.

99) De tacitis et ambiguis conventionib. Lib. XII. Tit. 27. nr. 4.

100) Diss. de rei vindicatione Sect. I. §. 14.

1) Princip. iuris Rom. P. II. h. t. §. 401.

2) Scholiastes Βασιλικῶν Lib. XXIX. Tit. 1. Tom. IV. p. 596. sqq.

3) Observat. Lib. V. cap. 29.

Noodt [4]), Pothier [5]), Huber [6]), Pacius [7]), Wissenbach [8]), Wernher [9]), Leyser [10]), Slevogt [11]), Westphal [12]) und Dabelow [13]). Beyde Erklärungen findet Franz Wilhelm Romanus [14]) so gegründet, daß er glaubt, sie könnten füglich mit einander verbunden werden. Allein andere nehmen ohne Einschränkung die L. 54. zur Regel an, und stellen den Grundsatz auf, daß Sachen, welche der Ehemann mit den Dotalgeldern der Frau erkauft hat, unbedingt die Stelle des Heyrathsguts vertreten; obwohl während der Ehe, und so lange diese daure, der

4) Commentar. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 3. Verb. *Non aliena ab hoc loco* etc. Tom. II. Oper. pag. 502.

5) Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. 3. Nr. LXXXVI. not. a.

6) Praelect. ad Dig. h. t. §. 6. pag. 320. (edit. *Franequer.* 1689.)

7) Ἐναντιοφανῶν s. Antinomiar. Centur. V. Qu. 53.

8) Comment. in libros VII. prior. Cod. ad L. 12. C. de iure dot. pag. 422.

9) Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 91.

10) Meditat. ad Pand. Specim. CCCIV. med. 5.

11) Diss. de utili rei pecunia dotali comparatae vindicatione. *Ienae* 1688.

12) Erläuterung der R. Gesetze vom Pfandrecht §. 100. Not. 120. S. 149.

13) Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger 12. Kap. S. 367. ff.

14) Progr. de quaestione iuris dubia: utrum res pecunia dotali emtae fiant dotales? *Lipsiae* 1757. Eben dieses scheint auch die Meinung Hofackers in Princip. iuris civ. Tom. I. §. 445. a. E. zu seyn, wie besonders aus der Not. c. erhellet.

der Mann das Eigenthum daran erwerbe. Dies sey der wahre Sinn der L. 12. C. Dieses Eigenthum des Mannes hindere aber gar nicht, daß die Sache deswegen nicht Heyrathsgut der Frau werde. Das Gegentheil erhelle vielmehr aus den Worten: *at dotis tantum actio tibi competit.* So suchen besonders Donellus[15]) und Cocceji[16]) beyde Gesetze zu vereinigen, und letzterer sucht seine Meinung noch insonderheit dadurch zu begründen, daß er annimmt, das Heyrathsgut sey als eine universitas iuris zu betrachten, bey welchem also die Analogie von erbschaftlichen Geldern eintrete[17]).

Nun giebt es noch einige neuere Erklärungen, die von jenen ganz abweichen, deren ich hier noch mit wenigen gedenken muß; ich will sie vorläufig die Toppische, Hufelandische und Voigtische nennen, und sie nun genauer angeben.

Joh. Conr. Sigismund Topp[18]) (ehemaliger Professor zu Helmstädt) hält es zwar insoweit mit der L. 54. Dig. daß der Frau die utilis rei vindicatio zustehe, wenn der Mann mit ihren Dotalgeldern ein Grundstück gekauft hat. Allein nach der L. 12. C. sey sie nicht gerade schuldig, sich mit dem gekauften Grundstück zu begnügen, wenn es ihr etwa die Gläubiger des Mannes statt ihrer inferirten Dotalgelder beym Concurs aufdringen wollten, in sofern es

15) Commentar. iuris civ. Lib. V. cap. 2.

16) Iur. civ. controv. Lib. XXIII. Tit. 3. Quaest. 7.

17) *L. 20. pr. L. 25. §. 1. D. de hereditat. petit.*

18) In Diss. de auxilio legis uxori christianae competente §. 39—41. und in Diss. de utilis rei vindicationis speciebus §. 23—25.

es der Frau nachtheilig wäre, weil z. B. das Grundstück nicht so viel werth ist. Also nur um die Frau gegen die Zumuthung der Gläubiger zu schützen, sage die L. 12. der fundus ex pecunia dotali a marito comparatus, sey eigentlich nicht der Frauen Eigenthum geworden. Daß dieses der eigentliche Sinn des Gesetzes sey, erhelle noch deutlicher daraus, weil die Frau in dem Falle, von welchem das Gesetz redet, auf den Ueberrest ihres Ehegeldes geklagt hatte, und in dem Gesetz gesagt wird, der Präses der Provinz solle ihr dazu verhelfen, wenn sie sich anders nicht verglichen hätte, nämlich daß sie das von ihren Dotalgeldern gekaufte Grundstück, statt des Heyrathsguts, an Zahlungsstatt, annehmen wolle. Nach dieser Ansicht sey es ausser Zweifel, daß die Frau sich wegen ihres Ehegeldes, wenn solches zur Anschaffung eines Grundstücks verwendet worden, der utilis rei vindicatio, wenn sie wolle, bedienen könne.

Herr Justizrath **Hufeland** [19]) erinnert zuvörderst, daß in dem ganzen Titel der Pandecten de iure dotium, in welchem die L. 54. steht, blos von der dotis datio und demjenigen Rechte die Rede sey, welches dem Ehemann in Ansehung des Heyrathsgutes seiner Frau zusteht, nicht aber von dem Rechte, welches der Frau in Ansehung der Zurückforderung ihrer dotis gebührt, darauf gehe lediglich der Titel: *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.* Es sey also auch wahrscheinlich, daß die L. 54. die keine Wir-

19) In Diss. inaug. de Legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecutione petendo. *Ienae* 1785. §. 19—22.

Wirkung einer besondern Verabredung, sondern eine allgemeine Regel vom Heyrathsgute zu enthalten scheine, nicht von dem Rechte der Frau, in Ansehung der Zurückforderung ihrer Mitgabe handle. Nun sey in dem unmittelbar vorhergehenden L. 53. von einem solchen Falle die Rede, da ein Ehemann in der Absicht zu schenken zugiebt, daß seine Frau ihn wegen des Brautschatzes an einen zahlungsunfähigen Schuldner weiset. Verbindet man hiermit die L. 54. so habe sie nun diesen Sinn: wenn der Ehemann eine ungewisse Schuldforderung statt des Heyrathsgutes angenommen hat, so sollen die Sachen, welche mit dem zum Brautschatz versprochenen Gelde vom Schuldner erkauft worden sind, als das Heyrathsgut der Frau angesehen werden, und von dem Ehemann vindicirt werden können.

Die neueste Erklärung der L. 54. ist endlich diejenige, welche der Doctor **Adam Friedrich Christian Voigt** [20]) davon gegeben hat. Er glaubt nämlich, daß sich die in den römischen Gesetzen gegründete Distinction zwischen dos aestimata und inaestimata auch auf das im Gelde bestehende Heyrathsgut anwenden lasse. Aestimirtes Geld nennt er die in den Gesetzen [21]) vorkommende pecunia numerata. Das Gegentheil von diesem, also ungezähltes Geld, nennt er *pecunia non aestimata.* Vom letztern fänden

20) Excursio in L. 54. D. de iure dot. *Erfordiae* 1796. Ein Auszug davon steht in dem Ronneburger juristischen Journal. 2. Band. 4. Heft. Nr. 1. S. 241. ff.

21) *L. 31. §. 2. Cod. de iure dot. L. 2. C. de pact. convent.* et tot. Tit. Cod. *de non numerata pecunia.*

den sich in den Gesetzen folgende Beyspiele: centum praesentia (gefällige) [22]), und pecunia in arca [23]). —

Das Resultat besteht nun darin: Wenn das im Gelde bestehende Heyrathsgut aestimato s. numerato modo gegeben worden ist; so gehöre das damit erkaufte Gut dem Ehemann nach L. 12. C. de iure dot. — Ist es aber ohne Aestimation gegeben, dann trete das dafür gekaufte Gut an die Stelle des Geldes, und darauf beziehe sich L. 54 D. de iure dot. Denn wenn das Heyrathsgut ästimirt, d. h. durch Maaß, Gewicht, oder Zahl bestimmt worden ist, so erwerbe der Ehemann das volle Eigenthum daran, und auf ihn gehe Gewinn und Verlust über [24]); wenn hingegen das Heyrathsgut nicht ästimirt worden sey, so bleibe das Eigenthum desselben beständig bey der Frau, und sie trage daher auch die Gefahr, billig erhalte sie aber auch den Gewinn [25]). Alles dieses müsse hier angewendet werden, weil beyde Gesetze ohne diese Distinction nicht verstanden, noch angewendet werden könnten. Er glaubt sogar den Beweis für diese Erklärung in den Gesetzen selbst zu finden. Denn so sage

1) die *L. 10. §. 1. D. de iure dot.* mit ausdrücklichen Worten: Si praediis inaestimatis aliquid accessit, hoc ad mulieris compendium attinet. Wendet man diese Verordnung auf das im inästimirten Gelde bestehende Hey-

22) *L. 30. §. 2. D. de legat. I.*

23) *L. cit. 30. §. 6.*

24) *L. 10. D. de iure dot. L. 5. L. 10. L. 30. C. eod. L. un. §. 9. Cod. de rei uxoriae act.*

25) *L. 10. pr. et §. 1. D. de iure dot.*

Heyrathsgut an, so müsse auch, da inästimirtes Geld, und inästimirtes unbewegliches Gut gleiche rechtliche Wirkungen und Folgen haben, dasjenige, wodurch es vermehrt wird, der Ehefrau angehören, und könne daher die L. 54. sich auf nichts anders, als auf inästimirtes Geld beziehen.

2) Haben die Gesetze nur von der pecunia numerata oder aestimata verordnet, daß solche erst nach beendigter Benutzung der Ehefrau wieder erstattet werden solle [26]). Soll das Geld aber benutzt werden, so könne der Ehemann die nämliche Substanz nicht zurückgeben, sondern nur eine andere gleichhaltige Materie. Daraus folge denn, daß wenn das Geld inästimirt gegeben ist, solches in der nämlichen Substanz, sie sey durch desselben Benutzung verwandelt, in was es immer wolle, zurückgegeben werden müsse.

Unter diesen mancherley Auslegungen werden gerade die neuern bey dem unpartheyischen Leser vielleicht am wenigsten Beyfall finden, denen man das Gekünstelte und Unwahrscheinliche nur zu sehr ansieht, um nicht schon dadurch Argwohn wider ihre Richtigkeit zu erwecken. Man erwäge nur Folgendes.

1) Ist die Distinction der pecuniae in aestimatam und inaestimatam den Gesetzen ganz unbekannt. Sie sagen vielmehr ausdrücklich, pecuniam, tanquam materiam, forma publica percussam, *usum dominiumque non tam*

26) *L. 29. Cod. de iure dot. L. 24. D. Soluto matrimon.*

tam ex substantia praebere, quam ex quantitate [27]). Geld kann also seiner Bestimmung nach nie als eine res inaestimata betrachtet werden, vielmehr sagt **Paulus** in der eben angeführten Stelle: electa materia est, cuius *publica* ac *perpetua aestimatio* difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Es ist auch die pecunia non numerata keine pecunia inaestimata, sondern wenn die Gesetze von der *pecunia non numerata* reden, so verstehen sie darunter Geld, über dessen Empfang zwar eine Handschrift ausgestellet worden, welches aber der Aussteller dennoch nicht erhalten hat, wie aus dem ganzen Titel des Codex *de non numerata pecunia* erhellet; und diese pecunia non numerata ist unstreitig so gut ästimirtes Geld, als die pecunia numerata. Hierdurch verliert also die Voigtische Auslegung ihre ganze Stütze. Es ist auch die von ihm gemachte Distinction so wenig, als die davon gemachte Anwendung, in den von ihm angeführten Gesetzen gegründet, als welche schlechterdings nicht hierher gehören. Die *L* 31. §. 2. *Cod. de iure dot.* redet von den Zinsen eines versprochenen Brautschatzes, und unterscheidet zwar, ob die Sachen geschätzt sind, oder nicht; allein von einem Unterschiede zwischen pecunia aestimata und non aestimata ist auch nicht entfernt die Rede. Eben so wenig in der *L.* 30. § 2 *et* 6. *D. de legat. I.* In dem §. 2. wird die Frage entschieden, ob ein Vermächtniß, welches der Erbe dem Legatar sogleich nach dem Absterben des

27) *L. 1. pr. D. de contrab. emt.* Einen schönen Commentar über diese Stelle findet man in *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. III. cap. 12. nr. 2. sqq. und *Balth.* BRANCHU Observát. ad ius Rom. Decad. alt. cap. 13.

des Testirers auszahlen soll (*legatum praesens s. quod praesenti die debetur*), für ein reines, oder für ein solches Vermächtniß zu halten sey, welches eine besondere Zeitbestimmung habe. *Centum praesentia* sind also eine Summe, welche dem Legatar sogleich nach dem Tode des Erblassers ausgezahlt werden soll, aber keine pecunia inaestimata [28]). Nun wird zwar §. 6. gesagt, wenn pecunia, quae *in arca* est, vermacht worden, so sey eine *Species* legirt; allein daraus folgt nur so viel, daß das Geld auch als ein corpus betrachtet werden kann, welches besonders bey Vermächtnissen häufig der Fall ist [29]). Davon läßt sich aber bey der pecunia dotali kein Gebrauch machen, auch nicht einmal alsdann, wenn das Geld aus einem verkauften fundo dotali inaestimato wäre gelöset worden [30]). Hier ist das Geld zu den fungiblen Sachen zu rechnen,

 quae

28) S. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 30. nr. 13. und Westphals hermenev. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 596.

29) *L. 34. §. 4. L. 51. D. de legat. I. L. 108. §. 10. D. eodem.* S. AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. III. cap. 10. nr. 2. seqq.

30) *L. 78. §. 4. D. de iure dot.* hat hiervon folgendes Beyspiel: Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo, adiudicatusque fundus socio fuerit: in dote erit *quantitas*, qua socius marito damnatus fuerit: aut si, omissa licitatione, extraneo addictus is fundus fuerit, *pretii portio*, quae distracta est (i. e. quo distractus est fundus); sed ita, ut non *vice corporis* habeatur. Nec divortio secuto, *praesenti die*, quod in numero est, restituatur, sed *statuto tempore* solvi debeat. S. POTHIER Pandectae Iustin. T. II. Tit. soluto matrimonio. Nr. XXX. not. a. b. c. pag. 64.

quae magis *in genere suo* functionem recipiunt per solutionem, quam *in specie*, wie Paulus [31]) sagt. Dies ist überhaupt der gewöhnliche Fall. Daher hat Averani a. a. O. vollkommen Recht, wenn er sagt: *Aliquando, et hoc quidem raro, pecunia consideratur ut corpus. Plerumque vero, imo fere semper consideratur ut quantitas, et* RATIONE AESTIMATIONIS, *non autem* CORPORIS *in obligationem deducitur.* Man sieht dieses auch daraus, weil der Mann das Ehegeld, nach getrennter Ehe, nur in einer gleichen Summe restituirt, und die Gefahr trägt. Denn ganz allgemein sagt Cajus [32]): Res in dotem datae, quae pondere, *numero*, mensura constant, *mariti periculo sunt:* quia in hoc dantur, ut eos maritus *ad arbitrium suum distrahat*; et quandoque, soluto matrimonio, *eiusdem generis* et *qualitatis* alias restituat vel ipse, vel heres eius. Eine restitutio in specie ist hier gar nicht denkbar. Endlich die *L.* 10. §. 1. *D. de iure dot.* gehört auch gar nicht hierher, da sie von einem Dotalgrundstück handelt. Ein solches praedium kann freylich inaestimatum seyn, allein eine pecunia dotalis *inaestimata* ist ein Unding. Es kann also in Absicht auf die Wirkung ganz gleichgültig seyn, ob baares Geld, oder ausstehende Kapitalien, die der Mann von den Schuldnern der Frau erheben kann (*nomina*) [33]), zum Heyrathsgute sind zugebracht

31) *L.* 2. *§.* 1. *D. de rebus credit.*

32) *L.* 42. *D. de iure dot.*

33) *L.* 36. 37. *et* 38. *D. de iure dot. L.* 49. *L.* 53. *D. eodem.* S. *Chr. Henr.* BREUNING Quaest. iuris contr. an in dotem nomen dari possit? *Lipsiae* 1774. EIUSDEM Diss. de nomine in dotem dato. *Lipsiae* 1771.

bracht worden. Denn nur eigentlich die pecunia *debita*, seu quae est *in nominibus*, ist es, was die Gesetze der pecuniae *numeratae* entgegensetzen [34]).

2) Heißt *pecunia dotalis* in den Gesetzen nie pecunia in dotem promissa et apud debitorem mulieris extans, sondern das Geld wird Dotalgeld genannt, welches der Ehemann zum Heyrathsgute erhalten hat [35]), cuius dominium marito quaesitum est, wie Ulpian [36]) ein *dotale praedium* definirt. Es kann also unmöglich die L. 54. wie Herr Justizrath Hufeland glaubt, von einem solchen Falle zu verstehen seyn, da von dem Schuldner der Frau, an welchen dieselbe ihren Mann wegen ihres Heyrathsgutes gewiesen hat, mit dem schuldigen Gelde Sachen angeschafft worden, wegen welcher dem Mann nach der L. 54. eine Vindication zustehen soll [37]). Noch weniger läßt sich die Hufelandische Interpretation rechtfertigen, wenn man die vorhergehende L. 53. aus welcher er die L. 54. erklären will, etwas genauer betrachtet. Sie lautet so: Cum vir uxori donare vellet, debitor mulieris, qui solvendo non erat, dotem ei promisit. Ad id duntaxat, ad quod solvendo fuit, viri periculo ea res est: et si

34) Man vergleiche hier vorzüglich WALCH in not. ad *Eckhardi* Hermenevtic. iuris Lib. I. §. 204. pag. 379.

35) *L. ult. Cod. de servo pign. dato* sagt: pecunia dotis, quae in dotem data est.

36) *L. 13. §. 2. D. de fundo dot.*

37) Man vergleiche hier, was schon mein ehemaliger ewig theurer Kollege, Herr Geh. R. Klüber in seiner kleinen jurist. Bibliothek 1. Band 2. Stück S. 188. ff. gegen die Hufelandische Auslegung der L. 54. sehr gründlich erinnert hat.

quid debitori ad solvendum facultatis accesserit, periculum ad eam summam, quae accesserit, crescet, permanebitque etiam, si rursus pauperior factus erit: quia neque tum, cum dos promitteretur, donatio facta est, nisi eius pecuniae, quae a debitore servari non poterat: neque cum solvendo is esse coepit, donationis causa permaneat; cum eo loco res sit, quo esset, si tum quoque, cum promitteretur dos, locuples fuisset. Hier ist also von einem solchen Falle die Rede, wo der Ehemann in der Absicht zu schenken, zugiebt, daß seine Frau wegen des Heyrathsgutes ihn an einen zahlungsunfähigen Schuldner weiset. Da Schenkungen bekanntlich unter Ehegatten, auch nicht einmal dotis causa, gelten, wenn sie nicht durch den Tod bestätigt worden sind [38]), so war die Frage, auf was die Schenkung des Ehemanns eigentlich gehe? Ganz natürlich konnte die Schenkung nur auf diejenige Summe gehen, welche der Mann von dem Schuldner der Frau nicht zu erhalten im Stande war. Was er also vom Schuldner erhielt, das erhält die Frau, nach getrennter Ehe, als Heyrathsgut, nicht als Geschenk, zurück. So weit nun das Geld vom Schuldner der Frau zu erhalten war, steht die Sache auf

38) *L. 59. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 2. Cod. de dote cauta non numerata.* Es ist eine ganz unrichtige Ansicht, wenn IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. h. L. pag. 171. bemerkt, daß hier von keiner donatione coniugali die Rede sey, sondern daß in dem Falle, wovon diese Stelle rede, der Bräutigam den zahlungsunfähigen Schuldner der Braut, donandi animo, wegen des versprochenen Heyrathsgutes angenommen habe. Richtiger hat POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. II. Tit. soluto matrimonio Num. LXIII. pag. 69. diese Stelle de matrimonio constante erklärt.

auf Gefahr des Mannes. So weit muß es also auch nach getrennter Ehe der Frau als dos restituirt werden, wenn er es auch gleich nicht erhalten hätte, wenn nur die Schuld an ihm lag, daß er es nicht erhielt. Konnte nach dieser Ansicht auch nur ein entfernter Gedanke entstehen, ob der Mann die von dem insolventen Schuldner der Frau mit dem Gelde angeschafften Sachen in subsidium als Dotalgut vindiciren könne? Wie konnte die Schuld, so lange sie noch nicht an den Ehemann bezahlt war, pecunia dotalis genennt werden?

3) Wird eine Sache mit den Dotalgeldern der Frau im Namen derselben und mit ihrer Einwilligung gekauft, so wird sie Heyrathsgut derselben, ohne Rücksicht, ob der Mann sie sonst entschädigen könnte, oder nicht. Hier sagen die Gesetze nie: res dotalis *esse videtur*, sondern fundus vel res dotalis *efficitur* [39]), und zwar nicht sowohl darum, weil die Sache mit dem Dotalgelde der Frau, sondern weil sie *nomine et voluntate mulieris*, wie Donellus [40]) sehr richtig bemerkt, gekauft worden ist. Es kann daher die L. 54. durchaus nicht von dem Falle verstanden werden, da der Mann mit den Dotalgeldern der Frau Sachen im Namen derselben, und mit deren Zustimmung gekauft hat. Denn die Worte *dotales esse* VIDENTUR deuten auf eine Improprietät, die von der gemeinen Regel abweicht [41]), und wollen so viel sagen, certo

39) *L. 25. L. 26. L. 27. L. 32. D. de iure dot.*

40) Comment. iur. civ. Lib. V. cap. 2. pag. 177.

41) S. *Io.* STRAUCHII Lexicon particular. iuris v. *Videtur.* und *Io. Phil.* SLEVOGT cit. Diss. de utili rei pec. dot. comparatae vindicatione Th. 2. lit. a.

certo respectu quasi pro dotalibus habentur, wie die Gesetze [42]) in andern Fällen reden. Es ergiebt sich also

4) aus diesem allem, daß die Erklärung der griechischen Interpreten noch immer die vorzüglichste bleibt, welche die L. 54. von dem Falle verstehen, da der Ehemann mit den Dotalgeldern der Frau Sachen für sich und in seinem Namen gekauft hat, und die Frau bey der gänzlichen Insolvenz des Ehemanns sonst nicht, als durch diese Sachen, entschädiget werden kann. Hier kann sie solche mit der vindicatio utilis in Anspruch nehmen, als ob sie dieselben zum Heyrathsgut inferirt hätte. Diese Erklärung hat besonders die Inscription für sich. Es ist nämlich die L. 54. genommen aus den Commentaren des Cajus *ad Edictum Praetoris urbani titulo de praediatoribus.* Cajus handelte also an dem Orte, woraus diese Stelle entlehnt ist, von dem Rechte, welches beym Verkaufe der dem Staate verpfändeten Güter galt. Denn solche Güter wurden *praedia*, die Schuldner, deren Güter dem Staat hafteten, *praediati*, und diejenigen, welche bey der öffentlichen Versteigerung solche Güter, die dem Staate verpfändet waren, an sich kauften, *praediatores* genennt [43]). Cajus muß also von einem solchen Falle gehandelt haben, wo die Güter des Mannes, als eines Staatsschuldners, waren öffentlich verkauft worden, und nun die Frage entstand,

42) *L. 22. §. fin. D. Soluto matrim.*

43) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Aug.* BACHII Disputat. de iure praediatorio; in EIUS *Opusculis* a KLOTZIO edit. (*Halae* 1767. 8.) pag. 113. seqq. und Adams Handbuch der Röm. Alterthümer 1. Th. S. 330.

stand, ob sich die Frau, bey der Insolvenz des Mannes, nicht an die Sachen halten könne, die der Mann mit ihren Dotalgeldern gekauft hätte, welche Cajus in diesem Falle bejahend entscheidet. Sie könne sich also einer vindicatio utilis gegen die praediatores bedienen, wenn diese sich etwa derselben unter den übrigen dem Staat verpfändeten Gütern des Mannes, als ob sie ihnen mit verkauft worden wären, angemaßt hätten. So entscheiden die Gesetze auch in andern Fällen, wo kein wahres Heyrathsgut vorhanden ist, um der Frau das Ihrige zu erhalten [44]. Es bleibt demnach

5) bey der Regel, welche die *L. 12. C. de iure dot.* giebt, daß ein solcher fundus, welchen der Ehemann mit dem Dotalgelde der Frau für sich gekauft hat, nicht an die Stelle des Heyrathsgutes trete, sondern der Mann das vollkommene Eigenthum daran erwerbe, und folglich die Frau, sofern sie aus dem Vermögen des Mannes wegen ihres Eingebrachten sonst entschädiget werden kann, auf das mit ihrem Gelde angeschaffte Grundstück selbst, auch nach getrennter Ehe, keinen Anspruch machen könne. Eben diese Regel bestärkt auch die *L. fin. C. de servo pign. dato.* Und es ist daher eine offenbar erzwungene Erklärung, wenn **Donellus** und **Cocceji** dieses Gesetz blos von dem dominio dotis verstehen wollen, welches dem Ehemann während der Ehe zusteht. Denn daß von der Zurückforderung des Heyrathsgutes die Rede sey, erhellet ganz klar daraus, weil die Frau ihr Heyrathsgut schon größtentheils

44) *L. 55. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 22. §. fin. D. soluto matrimon.*

theils zurückerhalten hatte, und ihr wegen des Rückstandes blos die actio dotis gestattet wird, wie auch Bachov[45]) und Slevogt[46]) schon bemerkt haben. Noch weniger konnte also davon die Rede seyn, ob sich die Frau mit dem von ihrem Gelde gekauften Grundstück müßte abfinden lassen, wie Topp das Gesetz verstehen will, sondern man sieht es aus der ganzen Fassung des Gesetzes, daß die Anfrage der Frau, an welche das Rescript gerichtet ist, dahin gegangen sey, ob sie nicht das mit ihrem Dotalgelde erkaufte Grundstück als Heyrathsgut in Anspruch nehmen könne, welche hier verneinend entschieden wird. Nun ist noch ein anderer Fall denkbar, nämlich

2) wenn die Frau dem Mann in stehender Ehe Geld geschenkt, und dieser mit demselben Sachen für sich gekauft hat. Hier kann sich die Frau, wenn bey der Revocation der Schenkung der Mann insolvent ist, sich zu ihrer Entschädigung an die Sachen halten, und solche mit der *vindicatione in rem utili* abfordern. Hierher gehört die Stelle aus Paulus *lib. 6. Quaestionum*[47]), welche so lautet: Uxor marito suo pecuniam donavit: maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit: solvendo non est, et res extant. Quaero, si mulier revocet donationem, an utiliter *condictitia*[48]) ex-

45) Ad *Treutlerum* Vol. II. Disput. VII. Th. IX. Lit. B. p. 367.

46) Diss. cit. Th. II. not. a. pag. 8.

47) *L. 55. D. de donat. inter vir et uxor.*

48) *Condictitia,* d. i. condictione sine causa, weil die Schenkung ungültig ist, ehemals condictione ex iniusta causa, weil die Schenkungen unter Ehegatten vor den Zeiten des Kaisers Caracalla verboten waren.

experiatur: videtur enim maritus, quamvis ſolvendo non ſit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris res comparata extet? Reſpondi, locupletiorem eſſe ex donatione negari non poteſt: non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, ſed quid ex re mulieris poſſideat: ſolo enim ſeparatur hic ab eo, cui res donata eſt, quod ibi res mulieris permanet [49]), et vindicare directo poteſt; et erit

49) Die Gloſſata lieſet hier ganz unrichtig. Denn da heißt es ſo: Solum enim ſeparatur hic ab eo, cui res donata eſt. Quod ſi res ipſa mulieris permaneat: et vindicare directo poteſt. *Io. Conr.* RÜCKER in Obſervationib. Cap. III. §. 17. glaubt, daß man ſtatt ſolo enim leſen müſſe: *ſolo eo enim.* Ueberhaupt geht der Sinn dieſer Stelle dahin: Es ſey in dem vorliegenden Falle nicht zu bezweifeln, daß der Mann durch die Schenkung der Frau bereichert ſey. Denn, wenn auch der Mann inſolvent iſt, und alſo mehr Schulden, als Vermögen, hat, ſo kommt es doch jetzt darauf nicht an, genug, daß er noch Etwas beſitzt, was er von dem geſchenkten Gelde der Frau ſich angeſchafft hat. Denn es ſey eben ſo gut, als ob ihm dieſe Sache von der Frau wäre geſchenkt worden. Der einzige Unterſchied beſtehe blos darin, daß wenn die Frau dem Mann dieſe Sache ſelbſt geſchenkt hätte, die Frau ſolche direct vindiciren könnte, weil die ungültige Schenkung das Eigenthum nicht auf den Mann übertragen konnte. Nun kann ſie aber in dem gegenwärtigen Falle keine vindicatio directa wegen der Sache anſtellen, die der Mann mit ihrem Gelde gekauft hat, weil eine Sache, die ein Anderer ſich mit unſerm Gelde angeſchafft hat, der Regel nach unſer Eigenthum nicht wird. S. CUJACIUS in Quaeſtion. Pauli ad h. L. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. II. Tit. de donat. inter V. et U. nr. LVI. not. f. g. h. und RÜCKER c. l. pag. 111. ſq.

erit [50]) deterior causa viri, si ei pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen, quod donatum est, condicatur, quam si dotis iudicio conveniatur. Sed nihil prohibet, etiam *in rem utilem* mulieri *in ipsas res* accommodare. Mehrere Rechtsgelehrten [51]) wollen hier der Frau blos ein Separationsrecht im Concurs ihres Mannes einräumen. Allein aus welchem Grunde könnte ihr denn ein Separationsrecht im Concurse zustehen, wenn sie es nicht vermöge eines ihr an den Sachen gesetzlich zustehenden eigenthümlichen Anspruchs hätte?

In allen diesen Fällen nun, da dem Kläger wegen eines gesetzlich gebilligten Eigenthums die rei vindicatio utilis zusteht, braucht er nur so viel zu beweisen, daß die Sache, welche er in Anspruch nimmt, mit seinem Gelde erkauft sey [52]).

Uebri-

50) *Ant.* FABER in Conjectur. iuris civ. Lib. V. cap. 9. pag. 113. will statt et erit, *nec* erit lesen. Allein Paulus hat hier ohne Zweifel darauf Rücksicht genommen, daß bey dem iudicio dotis oder der rei uxoriae actio dem Ehemann das beneficium competentiae zusteht, bey der condictio sine causa oder ex iniusta causa aber nicht, wie POTHIER a. a. O. not. i. bemerkt hat.

51) Dabelow ausführl. Entwickel. der Lehre vom Concurse der Gläubiger. 12. Kap. S. 362. ff. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 566. a. E.

52) Ausser den bemerkten Fällen wird dieser Beweis ausdrücklich verworfen. *L. 21. C. de probat.* S. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Lib. II. Tit. II. Th. XXXIV. not. a. pag. 312.

Uebrigens kann der Beweis des Eigenthums durch jedes zuläßige Beweismittel geführt werden [53]). Also nicht nur durch Urkunden [54]), sondern auch durch Zeugen, es dürfen nur ihre Aussagen nicht zu generell gefaßt seyn, sondern sie müssen auf die besondern Umstände des Erwerbgrundes gerichtet seyn [55]). Daß sich der Kläger auch des Eidesantrages bedienen könne, leidet an sich keinen Zweifel [56]). Nach den Gesetzen des römischen Rechts [57]) ist nicht

53) *L. 4. Cod. de probat.* Proprietatis dominium non tantum instrumento emtionis, sed et quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.

54) S. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 52.

55) Man vergleiche hier besonders a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. XCIX. medit. 1.

56) *L. 3. §. 1. L. 34. pr. D. de iureiur.*

57) *L. 7. §. 7. D. de public. in rem act.* Si petenti mihi rem, iusiurandum detuleris, egoque iuravero, *rem meam esse:* competit Publiciana mihi, sed adversus te duntaxat. Ei enim soli nocere debet iusiurandum, qui detulit. Sed si possessori delatum erit iusiurandum, et iuraverit, *rem petitoris non esse:* adversus eum solum petentem exceptione utetur, non ut et habeat actionem. — *L. 9. §. ult. D. de iureiur.* Si petitor iuravit, possessore deferente, *rem suam esse*, actori dabitur actio. Sed hoc duntaxat adversus eum, qui iusiurandum detulit, eosque, qui in eius locum successerunt. Caeterum adversus alium si velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit. — *L. 11. pr. D. eodem.* Sed si possessori fuerit iusiurandum delatum, iuraveritque, *rem petitoris non esse*, quamdiu quidem possidet, adversus eum, qui detulit iusiurandum, si petat, exceptione iurisiurandi utetur; si vero amiserit possessionem, actionem non habebit, ne quidem si is possideat, qui ei iusiurandum detulit; non enim *rem suam esse* iuravit, sed *eius non esse.*

nicht einmal nöthig, daß der Kläger die causam dominii sui anführe, sondern schwört der Kläger auf geschehenen Antrag des Beklagten: rem suam esse, oder schwört der Beklagte den ihm vom Kläger zugeschobenen Eid dahin: rem petitoris non esse, so ist die Sache entschieden. Nun behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrten[58]), daß dieses auch der heutigen Praxis gemäß sey. Allein da die angeführten Stellen des römischen Rechts sämmtlich nur von einem iuramento voluntario *extra iudicium* delato reden, wie Georg Ludw. Böhmer[59]) sehr gründlich gezeigt hat, so ist noch immer die Frage, ob das Nämliche heut zu Tage auch bey einem gerichtlich deferirten Eide Statt finde. Daran ist nun aber wohl billig zu zweifeln, wenn man erwägt, daß der aussergerichtlich deferirte Eid bey den Römern blos nach den Grundsätzen eines Vertrags oder Vergleichs beurtheilt wurde[60]), der prozessualische oder gerichtlich deferirte Eid aber heut zu Tage blos als ein Beweismittel für den Richter betrachtet, das heißt, blos zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweises von dem einem Theile dem andern zugeschoben wird[61]). Wird nun aber der Eid im Prozeß defe-

58) BERGER Supplem. ad Electa disceptat. for. P. II. Tit. 18. §. 9. und *Mich. Henr.* GRIEBNER in Diss. de probatione dominii per iuramenti delationem. *Lipsiae* 1733. §. 13.

59) Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. *Goettingae* 1772. §. XI. (in *Elect. iur. civ.* T. II. nr. 14.)

60) S. MALBLANC Doctrina de iureiurando. Cap. III. §. 34. et 35.

61) MALBLANC Doctr. cit. §. 41. und Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 91.

deferirt, so ist ein Antrag im Allgemeinen (delatio *in folle*) nicht zuläßig, sondern es muß das Factum, worüber der Eid zugeschoben wird, bestimmt nach allen Umständen angegeben werden, woraus die Wahrheit desselben erhellet [62]. Hieraus ergiebt sich nun, daß der Eid, wenn sich der Kläger desselben in dem Vindicationsprozeß zum Beweis des Eigenthums bedienen will, auf solche Thatsachen gerichtet werden müsse, woraus ein Eigenthum entsteht, oder sonst gefolgert werden kann, also auf die Erwerbart oder den Erwerbungsgrund [63]. Daß der Beweis auch künstlich durch Vermuthungen *) geführt werden könne, und hierzu bey einem vindicirten Thiere die consuetudo animalis adminiculiren könne, hat keinen Zweifel [64].

§. 586.

Gegen wen hat die Rei vindicatio Statt. Verus und fictus possessor. Benennung des Auctors.

Die Reivindication wird gegen den Besitzer der Sache angestellt, welcher dem Kläger das Eigenthum abläugnet, er besitze nun wirklich, oder werde als fingirter Besi-

62) *G. L.* BOEHMER cit. Diss. §. XII. nr. II. und Martin im Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerl. Prozesses §. 213. a. E. (nach der zweyten Aufl. Göttingen 1805.)

63) Man vergleiche hier vorzüglich *Ge. Steph.* WIESAND Disceptation. iuris Specim. I. (*Vitembergae* 1792. 4.) Obs. 4.

*) *L. 19. Cod. h. t.*

64) S. *Io. Car. Gothof.* HILLE Diss. de probationis dominii auxilio ex animalis bruti consuetudine. *Marburgi* 1766.

Besitzer behandelt [65]). Es ist hier Folgendes zu bemerken.

1) Wird die Klage gegen den wirklichen Besitzer angestellt, so muß er nicht blos die körperliche Detention haben, sondern er muß die Sache für sich und im eigenen Namen besitzen [66]). Dies ist die eigentliche Bedeutung von dem Worte *possessor* in den Gesetzen dieses Titels [67]), und eben dieses giebt auch Justinian [68]) zu erkennen, wenn er sagt: Si quis cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, *movet tamen alicui de aliqua re controversiam* [69]), proditae sunt *actiones in rem:* veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, *possessor autem dominum eius se esse dicat:* nam si Titius suam esse intendat, *in rem actio* est.

Janus

65) L. 36. pr. D. h. t. Qui petitorio iudicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, *possessor sit, vel dolo desiit possidere.*

66) S. die Berichtigungen und Zusätze zu Höpfners Commentar von Hübner S. 130.

67) Man sehe hier vorzüglich *Balthas.* BRANCHU Observat. ad ius Rom. Decad. II. Cap. 15.

68) §. 1. I. de actionib.

69) Die Worte: movet tamen alicui de aliqua re controversiam, gehen hier offenbar auf den Beklagten, und drücken eine wesentliche Bestimmung der Realklagen aus, nämlich daß der Beklagte dem Kläger sein Recht streitig mache, und sich die in Anspruch genommene Sache anmasse, wie in den angeführten Berichtigungen von Hübner S. 117. ff. gezeigt worden ist. Es ist daher ganz unrichtig, wenn sie THEOPHILUS in Paraphrasi graeca Institut. h. l. von dem Kläger versteht.

Janus a Costa [70]) meint zwar, Justinian rede hier von dem ehemaligen Gebrauche der Contravindication bey der lite vindiciarum, wovon ich oben (§. 583.) gehandelt habe. Allein dazu ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Denn nicht zu gedenken, daß es schon an sich unwahrscheinlich ist, daß Justinian den Begriff einer frequenten Klage aus einem obsoleten Rechte erläutert haben sollte; so sagt auch der griechische Paraphrast hiervon nichts, sondern drückt sich hierüber so aus, daß das geltende Recht seiner Zeiten daraus unverkennbar hervorleüchtet. Er sagt nämlich nach der Reitzischen Uebersetzung: *Nam si agrum aut domum possideas, quae ego mei esse dico dominii, tu vero eadem dicas, dominum te praedicans, actionem in rem adversus te instituam, dicens: Si paret, rem illam mei esse dominii, condemna iudex adversarium.* Es ist indessen auch nicht gerade nothwendig, daß der Beklagte ausdrücklich einwende, daß ihm selbst das Eigenthum zustehe (exceptio dominii), sondern es ist schon genug, daß der Beklagte dem Kläger das Eigenthum abläugnet [71]). Denn in dem einem Falle, wie in dem andern, liegt dem Kläger der Beweis des Eigenthums ob [72]), und der Beklagte muß absolvirt werden, wenn der Kläger den Grund seiner Vin-

70) In Comm. ad §. 1. I. de action.

71) Man sehe hier vorzüglich VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de action. nr. 18. und BERGERI Diss. de contravindicatione §. 28.

72) Quia semper necessitas probandi, sagt Marcian *L. 21. in fin. D. de probat.* incumbit illi, qui agit. Man vergleiche überdem *L. 18. §. 2. D. de probat. L. 2. Cod. eodem. Cap. 5. X. de foro compet.*

Vindication nicht zu erweisen vermag [73]), wenn auch der Beklagte, ausser seinem Besitz, nichts für sich hätte [74]).

Maßt sich der Beklagte die Sache nicht an, welche der Kläger als sein Eigenthum vindicirt, sondern er besitzt sie im fremden Namen, z. B. als Depositar, oder Commodatar, oder als Pächter, so kann er nach dem Rath des römischen Juristen **Furius Anthianus** [75]) sagen: *se non possidere*, d. i. er besitze die Sache nicht für sich, und in seinem Namen (animo domini). Durch diese Einrede kann er die Klage von sich abwenden, wenn er den wahren Besitzer angiebt. Denn man kann Niemandem zumuthen, daß er einen Rechtsstreit auf sich nehme, der ihn nichts angeht. In soweit hatte also **Pegasus** ganz Recht, wenn er, wie **Ulpian** [76]) anführt, behaupte-te,

73) *L. 4. Cod. de edendo.*

74) *§. 4. I. de Interdict. L. ult. Cod. h. t.* Es ist indessen dem Beklagten, wenn er behauptet, daß ihm selbst das Eigenthum zustehe, den Beweis davon zu übernehmen unbenommen, und es kann ihm, wenn er diesen Beweis beybringt, in Gemäßheit der *L. 14. D. de probat.* das Eigenthum zuerkannt werden. Dieses Judicat schützt ihn alsdann nicht nur auf immer gegen die Ansprüche des Klägers, sondern er kann auch in andern Fällen davon Gebrauch machen, wo es auf den Beweis des Eigenthums ankommt, z. B. zur Legitimation des Klägers bey der actione confessoria und negatoria. S. BERGER in Diss. cit. de contravindicatione §. 37. seqq.

75) *L. ult. D. h. t.* In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, *se non possidere*.

76) *L. 9. D. h. t.* Quidam tamen, ut *Pegasus*, eam solum possessionem putaverunt, quae locum habet in interdicto *uti possidetis*,

te, die Reivindication habe nur gegen den Statt, welcher den juristischen Besitz der Sache hat, nicht gegen den bloßen Detentor, und es ist höchst unbedeutend, was **Pagenstecher** [77]) dagegen erinnert hat. Wenn nun gleich **Ulpian** der Meinung des **Pegasus** widerspricht, indem er sagt: Puto autem, ab omnibus, *qui tenent*, et habent *restituendi facultatem*, peti posse; so lassen sich doch beyde Meinungen füglich mit einander vereinigen, ohne daß man nöthig hat, mit einigen zu lesen: *nec* habent restituendi facultatem, peti *non* posse, welche Leseart **Siegm. Reich. Jauch** [78]) mit Recht verwirft. Denn **Ulpian** wollte eigentlich nur so viel sagen, daß wenn der Beklagte, ohne einen Auctor zu benennen, auf dessen Namen er besitzt, in iure, d.i. vor Gericht geradezu sagt, er besitze die in Anspruch genommene Sache, so habe die Klage gegen ihn Statt, er sey nun entweder wirklich der Besitzer im juri-

detis, vel *utrubi*. Denique, ait, ab eo, apud quem deposita est, vel commodata est, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis, ventrisque nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, *quia hi omnes non possident*, vindicari non posse. Das Wort *denique* wird hier in dem Sinne gebraucht, um den Uebergang von der Regel zu ihrer Anwendung zu bezeichnen, und heißt so zum Beyspiel, in welcher Bedeutung es häufig in den Gesetzen gebraucht wird. Man vergleiche *L. 3. §. 15. D. ad exhib. L. 13. D. de adopt. L. 1. §. 9. et 10. D. de vi. L. 8. D. ad L. Iul. Majest.* Ueber die *L. 9.* verdient hier vorzüglich von Savigny Recht des Besitzes §. 7. S. 52. nachgesehen zu werden.

77) In iure Pegasiano Cap. VII. not. h. pag. 25. sqq.

78) Meditat. criticae de Negationibus Pand. Florent. pag. 18.

juristischen Sinn, qui animo sibi habendi rei incumbit, oder ein bloßer Detentor, oder habe auch nicht einmal die körperliche Detention der Sache; denn er wird hier als ein solcher angesehen, *qui liti se offert* [79]). Eben dies galt nach **Ulpians** Meinung auch in dem Falle, wenn der Detentor zwar mit Recht läugnete, daß er im juristischen Sinn besitze, allein auf geschehenes Befragen vor Gericht dennoch seinen Auctor anzugeben ungehorsamlich verweigerte. In solchen Fällen galt also auch der nudus detentor als juristischer Besitzer, entweder zur Strafe des Ungehorsams, quia silentio suo Praetorem contemnere videtur, wie **Ulpian** an einem andern Orte [80]) sagt, oder weil er den Rechtsstreit freywillig übernommen hat [81]). Es war demnach, um den eigentlichen possessor in dem Prozeß über Eigenthum auszumitteln, wo dies nicht schon durch die lis vindiciarum bewirkt wurde, eine interrogatio in iure nöthig, weil vor **Constantin** noch kein Gesetz vorhanden war, welches dem Beklagten die Verbindlichkeit auferlegte, seinen Auctor zu benennen [82]). Diese inter-

79) *L. 25. L. 26. et 27. D. h. t.*

80) *L. 11. §. 4. D. de interrogat. in iure.*

81) So erklärt Ulpians Meinung auch *B.* BRANCHU in Observat. ad ius Rom. Cap. 15. pag. 97. seq.

82) Viele Rechtsgelehrten läugnen zwar, daß bey den Realklagen interrogationes in iure üblich gewesen, als CUJACIUS in Paratitl. ad Tit. Dig. de interrogat. in iure. *Oper.* Tom. II. pag. 14. FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. eod. Tit. nr. 4—8. BRANCHU cit. loc. pag. 89. not.*) und besonders *Io.* WYBO in lib. sing. de interrogationibus in iure. *Lugd. Batavor.* 1732. 8. Cap. 8. Allein das Gegentheil behaupten die meisten Rechtsgelehrten, beson-

interrogatio konnte zwar auch von dem Kläger selbst geschehen [82]); allein eigentlich gehörte es für das Amt des Richters, wie **Ulpian** [84]) selbst sagt: Officium autem iudicis [85]) in hac actione hoc erit, ut iudex inspiciat, *an reus possideat.* Diese ehemalige Verfahrungsart hat jedoch aufgehört, seitdem Kr. **Constantin** [86]) dem Be-

 klag-

besonders SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 21. NOODT in Comment. ad Dig. h. t. pag. 194. §. *Caeterum.* HEINECCIUS in Antiquitat. Rom. Lib. IV. Tit. VI. §. 25. SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXI. §. 4. und *Aem. Lud.* HOMBERGK zu VACH Diss. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746. §. 18.

83) *L. 36. pr. D. h. t.* wo die oben Not. 65. angeführten Worte *requirere debet* von einer interrogatio in iure ganz wohl verstanden werden können, wie sie auch *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. und POTHIER in Pand. Iustinian. h. t. Nr. XXI. not. c. erklären. Man sehe auch *Gregor.* MAJANSII ad triginta ICtorum fragmenta Commentar. Tom. II. ad L. ult. D. h. t. §. 3. pag. 335.

84) *L. 9. D. h. t.*

85) Unter *iudex* wird hier nicht, wie *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. will, iudex a Praetore datus verstanden, sondern magistratus ipse. S. BRANCHU c. l. pag. 89. Hierauf geht auch *L. 21. D. de interrogat. in iure.*

86) *L. 2. Cod. ubi in rem actio.* Si quis *alterius nomine* quolibet modo possidens *immobilem rem,* litem ab aliquo per *in rem actionem* sustineat, DEBET *statim in iudicio dominum nominare,* ut sive in eadem civitate degat, sive in agro, sive in alia provincia sit, certo dierum spatio a iudice definiendo, eoque ad notionem eius perducendo, vel ipse in loca, in quibus praedium situm est, perveniens, vel procuratorem mittens, *actoris intentiones excipiat.* Si vero post huiusmodi indultum tempus minime hoc, quod dispositum est, facere maluerit: tanquam

lite,

klagten bey der Reivindication das zur Pflicht gemacht hat, was vorher blos von seiner Willkühr abhieng, nämlich daß er, wenn er im Namen eines Andern detinirt, seinen Auctor nenne, wenn er nicht als ein muthwilliger Beklagter (liti se offerens) dem Kläger haften will[87]). Man nennt diese Erklärung des Beklagten, der wegen einer inhabenden Sache in Anspruch genommen worden, daß er nicht in eigenem, sondern in eines andern Namen besitze, und welche, mit beygefügter Anzeige des wahren Gegners, in der Absicht geschieht, daß er mit der Klage ganz verschont, und diese gegen den wahren Besitzer angestellet werde, die **Benennung des Auctors** (*nominatio* s. *laudatio auctoris*)[88]). Der Grund derselben beruhet also in klarer Verordnung des Gesetzes, und ihr Zweck ist eigentlich der, damit der wahre Beklagte ausfindig gemacht, und in Anspruch genommen werde, welcher zur Uebernahme des

lite, quae ei ingeritur, ex eo die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem, contestata: iudex, utpote domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit: et tunc in eadem voluntate eo permanente, negotium summatim discutiens, *in possessionem rerum actorem mitti non differet:* omni allegatione absenti de principali quaestione servata.

87) BRANCHU cit. loc. Cap. 15. pag. 103.

88) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH in Diss. de nominatione auctoris ad L. 2. Cod. ubi in rem act. *Tubingae* 1653. **Danz** in den Grundsätzen des ordentlichen Prozesses §. 490. ff. der neuesten **Gönnerschen** Ausgabe, und besonders **Gönner** im Handbuch des gemeinen Prozesses 1. Band. Nr. XVI. der zweyten Aufl. haben hiervon ausführlich gehandelt.

des Rechtsstreits eigentlich verbunden ist. Dem Beklagten aber gewährt die Einrede der Benennung des Auctors zugleich den Vortheil, daß er hierdurch den Rechtsstreit, bey dem er nicht interessirt ist, gänzlich von sich ablehnen kann, und so wie hierdurch dem Kläger der Weg gezeigt wird, auf welchem er eigentlich sein Recht verfolgen soll; so wird eben dadurch auch zugleich dem wahren Besitzer der Weg zu seiner Rechtsvertheidigung geöffnet [89]). Die Benennung muß nun sogleich, und also noch vor der Einlassung auf die Klage geschehen, weil sonst der Beklagte, als fictus possessor, dem Kläger haften muß [90]); es wäre denn, daß er aus einem verzeihlichen Irrthum gehandelt hätte, welchen er noch nach geschehener Einlassung verbessern will und darf [91]). Wenn nun gleich das Gesetz nur von dem Falle spricht, da Jemand in eines Andern Namen eine unbewegliche Sache besitzt, so sind doch jetzt alle Rechtsgelehrten [92]) darin

89) S. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. L. 2. C. ubi in rem act. pag. 157.

90) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1017. Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 490. Nr. 2. LAUTERBACH cit. Diss. §. 18.

91) Gönner a. a. O. §. 4. Ausserdem läßt die Novation, welche die Litiscontestation mit sich führt, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu. S. BIENERI Systema processus iudiciarii T. II. §. 323.

92) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 9. D. h. t. not. i. in fin. HUBER Praelect. ad Dig. h. t. §. 3. SICHARD in Comm. ad L. 2. C. cit. nr. 6. MEIER in Colleg. argentorat. Tit. de iudiciis §. 154. nr. 5. BRANCHU Observat. ad ius Rom. cap. 15. pag. 104. seq. und LAUTERBACH cit. Diss. §. 14.

darin einverstanden, daß bey beweglichen Sachen das Nämliche Rechtens sey, weil aus dem Gesetz kein Grund der Verschiedenheit abzusehen ist. Die Verfahrungsart bey geschehener Benennung des Auctors besteht übrigens nach dem angeführten Gesetz darin, daß der Richter dem angegebenen Auctor mit Bestimmung eines Termins Nachricht davon giebt, und demselben auferlegt, binnen dieser Frist entweder selbst oder durch einen Bevollmächtigten vor Gericht zu erscheinen, und den Rechtsstreit zu übernehmen. Daß eine neue Klage gegen den Auctor angestellet werde, ist nicht nöthig [93]). Denn das Gesetz setzt voraus, daß die Klage in foro rei sitae angestellt worden sey, welches auch der benannte Auctor anerkennen muß. Erscheint der Auctor nun binnen der anberaumten Frist nicht, so muß er nochmals peremtorisch citirt werden, unter der Bedrohung, daß im Falle des Ungehorsams der Besitz dem Kläger werde zugesprochen werden. Bleibt der Auctor dennoch aus, so wird nun die gedrohte Strafe des Ungehorsams realisirt, wenn gleich der Kläger sein Recht auf die Sache noch nicht dargethan hat. Denn beyde haben selbst erklärt, daß sie auf den Besitz keinen Anspruch machen, gegen beyde ist also dasjenige sehr billig, was das Gesetz hier verordnet. Es bleibt jedoch dem Auctor die Ausführung seines habenden Rechts in der Hauptsache vorbehalten, nur daß er alsdann freylich als Kläger auftreten muß. Da das Gesetz blos von der Bestrafung des Ungehorsams des Auctors redet, so fragt sich's, wenn der Beklagte entweder seinen Auctor gar nicht nennt,

93) S. Danz a. a. O. §. 490. Nr. 4. und Gönner a. a. O. §. 4. Nr. 7.

nennt, sondern den Rechtsstreit selbst übernimmt, oder aus Bosheit einen Auctor fälschlich angiebt, da er doch im eignen Namen besitzt, was in diesem Falle für Strafen eintreten? Daß er in dem ersten Falle als ein fictus possessor für den Schadensersatz hafte, ist eben so gewiß, als unläugbar es ist, daß ein solches Benehmen des bloßen Detentors den Rechten des wahren Besitzers nicht zum Nachtheil gereichen könne[94]. Dieser kann demnach ganz unbekümmert um das, was dritte Personen gethan haben, auch seinen Besitz gegen einen Kläger geltend machen, welcher bloß zur Strafe eines muthwilligen Beklagten den Besitz erhalten hat[95]. In dem andern Falle hingegen, da der Beklagte fälschlich vorgegeben hat, er besitze die Sache im fremden Namen, welche er doch in eigenem Namen besitzt; trifft ihn die Strafe des boshaften Läugnens, welche in dem Verlust des Besitzes besteht, als welchen er dem Kläger sofort vermöge richterlichen Decrets abtreten muß, wenn auch derselbe sein Eigenthum noch nicht erwiesen hat. Nach der Strenge des Pandectenrechts[96]) hatte hierdurch sogar aller weitere Streit über die Proprietät ein Ende, denn der Beklagte hatte ja durch Abläugnung des juristischen Besitzes sich selbst schon für sach-

94) *L. 63. D. de re iudic.*

95) VOET Commentar. ad Dig. h. t. §. 22. in fin. BRANCHU c. l. pag. 103. in fin. et seq. und Gönner a. a. O. §. 5. u. 6. S. 349. f.

96) *L. ult. D. h. t.* In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, *se non possidere:* ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, *transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit.*

sachfällig erklärt [97]). Allein nach dem mildern Grundsatz des Novellenrechts [98]) verliert der Beklagte weiter nichts, als den Besitz, und es bleibt ihm daher sein Eigenthumsrecht klagend auszuführen unbenommen, während der vorige Kläger nun die Vortheile des Besitzes genießt. Daß diese Strafe noch heut zu Tage Statt finde, ist nach dem Zeugniß practischer Rechtsgelehrten ausser Zweifel [99]).

Wenn nun aber gleich, wie bereits bemerkt worden ist, der Beklagte, ohne durch eine interrogatio in iure erst aufgefordert werden zu dürfen, schon nach dem Gesetz verpflichtet ist, seinen Auctor anzugeben, auf dessen Namen er besitzt, so ist und bleibt es doch immer eine practische Cautel für den Kläger, welche ihm **Cajus** [100]) an die Hand giebt, daß er sich genau erkundige, ob der Beklagte wirklich besitze. Denn klagt er aufs Gerathewohl und

97) Ganz richtig versteht *Greg.* MAIANSIUS in Commentar. ad triginta ICtor. omnia fragmenta Tom. II. pag. 335. §. 5. die *L. ult. D. cit.* so: *Possessio ita transfertur, ut minime supersit de proprietate quaestio: ipse enim possessor iam se habuit pro victo: ergo eum quoque Praetor habet ut talem. Tuebitur igitur petitorem exceptio rei iudicatae, et satis pronunciabitur, rem non esse possessoris, cum pronunciatur esse petitoris. L. 15. D. de except. rei iudicatae.*

98) *Nov. XVIII. cap. 10.* S. BIENERI Syst. processs. iudiciarii Tom. II. §. 324 und Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 1. Band. Nr. XVI. §. 7.

99) VOET h. t. §. 25. WERNHER Observat. forens. Tom. I. P. I. Obs. 150. und Tom. III. P. III. Obs. 64. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 184. und STRYK in Usu mod. Pandect. h. t. §. 6.

100) *L. 36. D. h. t.*

und in der Meinung, als ob der Beklagte Besitzer sey; und es wird ihm von Seiten des Beklagten die Einrede entgegengesetzt, daß er die Sache nicht besitze, es kann auch der Kläger nicht beweisen, daß der Beklagte die Sache aus Gefährde zu besitzen aufgehört habe; so hat er wenigstens den Schaden davon, daß er eine vergebliche Klage angestellt hat, und die Kosten erstatten muß [1]).

Die Reivindication findet jedoch auch

2) gegen einen fingirten Besitzer Statt, für welchen theils derjenige gehalten wird, der muthwillig, als ob er der wahre Besitzer wäre, der er doch nicht ist, die Gefahr eines Rechtsstreits auf sich nimmt, welchen er hätte abwenden können (qui liti se obtulit), er gebe sich nun entweder ausdrücklich für den Besitzer aus, oder er verschweige auch nur seinen Auctor [2]); theils derjenige, welcher

1) HUBER Eunom. Rom. ad L. cit. 36. pag. 304.

2) Die Hauptstellen sind *L. 25. D. de rei vindic.* Is, qui *se obtulit rei defensioni* sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset, quominus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut MARCELLUS ait. Quae sententia vera est. Sed hoc post litem contestatam. Caeterum ante iudicium acceptum non decipit actorem, qui *se* negat *possidere*, cum vere non possideret: nec videtur se liti obtulisse, *qui discessit*. — *L. 27. pr. D. eodem*, wo es heißt: Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, *se possidere*, et ideo *liti se obtulit*, et hoc ipsum in re agenda *testatione* probavero: *omnimodo condemnandus* est. Es ist hier der Unterschied bemerkenswerth, ob sich der Beklagte blos fälschlich für den Besitzer ausgab, oder ob er den Kläger durch sein falsches Vorgeben veranlaßte, um nicht gegen den wahren Besitzer zu klagen, den er eigentlich in Anspruch

welcher die Sache zwar wirklich besaß, aber aus Gefährde zu besitzen aufgehört hat, um dem Kläger seine Ansprüche zu vereiteln (qui dolo desiit possidere) [3]). Von beyden Arten fingirter Besitzer habe ich schon in der Lehre von der Erbschaftsklage (§. 565.) ausführlicher gehandelt. Die dort vorgetragenen Grundsätze gelten auch hier. Denn man hat sie von der hereditatis petitio, wie **Paulus**) ausdrücklich lehrt, durch Erweiterung des Senatus-

Anspruch nehmen wollte. Im ersten Falle ist der Beklagte nur denn als fictus possessor, qui liti se obtulit, zu verurtheilen, wenn er sein fälschliches Vorgeben nicht vor der Einlassung auf die Klage zurückgenommen hat. In dem andern Falle hingegen haftet er für seine Bosheit schlechterdings, er mag sich nachher auf die Klage einlassen, oder nicht, wenn er nämlich durch seinen Dolus verursachte, daß unterdessen der wahre Besitzer die Sache usucapirte. Doch wird in diesem Falle erfordert, daß der Kläger dem Beklagten, noch ehe er ihn belangte, ausdrücklich vor Zeugen erklärt habe, daß er nicht ihn, sondern den Titius, den er für den Besitzer halte, habe in Anspruch nehmen wollen, und nun nicht den Titius, sondern ihn verklagen werde, weil er behaupte, daß er der wahre Besitzer sey. Eine solche Erklärung und Protestation wird hier unter testatio verstanden. S. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 27. pr. D. h. t. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 195. und POTHIER in Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XVII. not. g. h. i.

3) *L. 27. §. 3. D. h. t.* Sed et is, qui ante litem contestatam *dolo desiit rem possidere*, tenetur in rem actione: idque ex Senatusconsulto colligi potest, quo cautum est, *ut dolus praeteritus in hereditatis petionem veniat.* Cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem actio est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.

4) *L. cit. 27. §. 3. D. h. t.*

tusconsultums [5]), auf die actio in rem specialis übertragen.

So viel also die erste Art der fingirten Besitzer betrifft, so haftet derjenige, welcher sich als Besitzer gerirte, nun eben so, als wenn er wirklich Besitzer wäre. Denn nach der Meinung des **Marcellus** [6]) ist es eine allgemeine Rechtsregel: *omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.* Da er nun die Sache selbst nicht restituiren kann, welche er nicht besitzt, so muß er sie dem Werthe nach ersetzen, welchen der Kläger auch durch seinen Eid bestimmen kann. Dies ist der Sinn der Worte: *condemnandus est* [7]). Denn der Eid des Klägers (iuramentum in litem) ist auch bey Realklagen die gewöhnliche Strafe des Dolus [8]). Hätte sich der Beklagte blos aus Irrthum für den Besitzer gehalten, so haftet er zwar für seine Culpa, allein nur so weit er dadurch den Kläger in

5) Dies ist das Senatusconsultum, was unter dem Kaiser Hadrian gemacht wurde, nach welchem die hereditatis petitio utilis gegen den Staat haben sollte, welcher eine sich angemaßte Erbschaft arglistig zu besitzen aufgehört hat. Es wird desselben *L. 20. §. 6. D. de hered. petit.* wörtlich gedacht, und *L. 25. §. 2. D. eodem* erklärt.

6) *L. 13. §. 13. D. de heredit. petit.*

7) S. *Aemil. Lud.* HOMBERGK Diss. de oblatione ad litem §. 26. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen §. 921. und *Io. Heinr. Chr.* ERXLEBEN Diss. de eo, quod iuris est circa fictam possessionem maxime quoad rei vindicationem et hereditatis petitionem. *Goett.* 1778. Cap. II.

8) *L. 5. pr. et §. 3. D. de in litem iurando.*

in Schaden gebracht hat [9]). Auf jeden Fall wird jedoch vorausgesetzt, daß der Kläger geglaubt habe, der Beklagte sey wirklich im Besitz. Denn hätte er gleich Anfangs das Gegentheil gewußt, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, daß er ohne Nutzen Jemanden in Anspruch genommen, der ihm nur als Besitzer verhaftet seyn konnte [10]). Des Klägers Wissenschaft muß jedoch der Beklagte beweisen, welcher sich dazu auch der Eidesdelation bedienen kann [11]). Merkwürdig, obgleich nicht ausser Streit, ist es übrigens, daß wenn auch der muthwillige Beklagte den Werth der Sache, wozu er verurtheilt worden, bezahlt hat, dem Eigenthümer dennoch die Verfolgung seines Rechts an der Sache selbst gegen den wahren Besitzer gestattet ist [12]).

So

9) S. *Ant.* FABRI Rational. ad L. 25. D. h. t. not. d. Tom. II. pag. 379.

10) *L. 26. D. h. t.* Nam si actor scit, tunc is non ab alio, sed a se decipitur: et ideo reus absolvitur.

11) Westphal a. a. O. §. 922. HOMBERGK in Diss. cit. §. 24. ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. mebr. 2. §. 8. Man sehe auch in dem Tit. de heredit. petit. §. 565. S. 526. des 7. Theils.

12) *L. 7. D. h. t.* Si is, *qui obtulit se fundi vindicationi*, damnatus est; nihilominus a possessore recte petitur, sicut PEDIUS ait. Denn die Verurtheilung des fingirten Besitzers zur Erstattung des Werths ist blos als eine Strafe anzusehen, von welcher der eigentliche Realanspruch an der Sache selbst ganz verschieden ist. Das Gegentheil behauptet zwar ERXLEBEN in Diss. cit. Cap. III. membr. 2. welcher die *L. 7. cit.* blos von dem Falle versteht, da der fictus possessor zwar verurtheilt worden, aber den Werth noch nicht prästirt hatte. Allein daß diese Stelle so nicht verstanden werden könne, lehrt die *L. 95. §. 9. D. de*

So viel hiernächst die zweyte Art der fingirten Besitzer anlangt, so lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

1) Der Besitzer hat noch vor entstandenem Prozeß die Sache dolose zu besitzen aufgehört. Hier haftet er mit der actione in rem utili für den Werth, welchen der Kläger, wenn er will, auch durch seinen Eid nach seinem individuellen Interesse bestimmen kann [13]). Ist jedoch der fictus possessor noch vor Anstellung der Klage gestorben, so findet gegen die Erben desselben, sofern sie nicht selbst in dolo sind, zwar nicht die actio in rem, wohl aber eine actio in factum Statt, so weit sie nämlich durch den Dolus ihres Erblassers reicher geworden sind.

D. de Solut. wo Papinian vom ficto possessore ausdrücklich sagt: Caeterum si tu ante conventus *ex praeterito dolo praestiteris*, nihil ea res possessori proderit. Die übrigen Gründe sind schon an einem andern Orte dieses Commentars (7. Band 2. Abth. §. 565. S. 530. ff.) geprüft und widerlegt worden. Mit mir stimmen überein *Ant.* FABER Rational. ad L. 25. D. h. t. not. d. *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν s. Leg. conciliatar. Centur. III. Qu. 41. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 17. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 12. *Christ. Henr.* BREUNING Specim. iuris controv. an vindicatio rei a ficto possessore tollat vindicationem a vero possessore. *Lipsiae* 1768. HOMBERGK cit. Diss. §. 27. Westphal in dem angef. System §. 923. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1018. MALBLANC Dig. Tom. II. §. 402.

13) *L. 71. D. h. t.* Quodsi possessor quidem dolo fecit (sc. quominus possideret), *actor vero iurare non vult*, sed, quanti res sit, adversarium condemnari maluit: mos ei gerendus est.

sind [14]). Wie aber, wenn der Besitzer vor entstandenem Prozeß zwar nicht aus bösem Vorsatz, aber durch seine culpa zu besitzen aufgehört hätte? Hier kommt es darauf an, ob der Besitzer die Sache bona oder mala fide an sich gebracht hatte. Im ersten Falle haftet er für nichts [15]); in dem andern Falle aber findet wegen des doli praeteriti gegen den gewesenen Besitzer doch noch die actio in rem utilis auf Ersatz des Werths Statt. Denn es soll

14) *L. 52. D. h. t.* Cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, heredes eius in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt, sed *in factum actio* adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerunt. Daß jedoch die Erben des fingirten Besitzers wegen ihres eigenen Dolus haften, lehrt *L. 51. D. eodem.*

15) Was *L. 31. §. 3. D. de hered. petit.* sagt: Bonae fidei possessor, *quia quasi suam rem neglexit,* nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem; findet hier vollkommene Anwendung. Man sehe auch *Greg.* MAJANSII Commentar. ad trig. ICtor. omnia fragmenta Tom. II. ad L. ult. D. h. t. §. 3. pag. 335. und ERXLEBEN cit. Diss. Cap. I. membr. 3. §. 2. in fin. Viele behaupten jedoch, daß gegen denjenigen, der vor Anstellung der Klage sich im guten Glauben des Besitzes entäußert hat, eine actio in factum wenigstens auf das, was ihm bey Gelegenheit der Sache als reiner Gewinn zugewachsen ist, zuläßig sey. Arg. *L. 18. D. quod metus causa.* S. BOEHMERI ius Dig. h. t. §. 8. in fin. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 564. Und daß diese Meinung auch in der Praxis recipirt sey, bezeugt STRUV in Synt. iuris civ. Exerc. XI. §. 13. Allein daß sich diese Meinung nach der Theorie nicht behaupten lasse, hat dagegen Herr Prof. Hugo in seinem Lehrbuche der Pandecten §. 194. Not. 1. erinnert.

soll hier eben so, wie bey der hereditatis petitione seyn [16]).

2) Der Beklagte hat während des Prozesses die in Anspruch genommene Sache zu besitzen aufgehört. Hier ist wieder der Unterschied sehr wichtig, ob es dolo oder culpa des Besitzers geschehen ist. In jenem Falle wird er als fictus possessor verurtheilt, und der Kläger zum iuramento in litem gelassen [17]). Der Beklagte kann auch,

16) Vergleiche *L. 27. §. 3. D. h. t.* mit *L. 25. §. 2. 7. et 8. D. de heredit. petit.* ERXLEBEN c. l. §. 1. seqq. pag. 16. sqq. und VOET in Comm. ad h. Tit. §. 33. Anderer Meinung ist jedoch STRUV in Syntagm. iuris civ. Exercit. XI. §. 12.

17) *L. 68. D. h. t.* Si vero non potest restituere, *siquidem dolo fecit, quominus possit*, is, quantum adversarius *in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit*, damnandus est. Wenn hier gesagt wird, der Kläger könne die Sache nach seiner Willkühr schätzen, wenn er nur den angegebenen Werth beschwört, so scheint damit im Widerspruch zu stehen, wenn eben dieser Ulpian, aus dessen Schriften die *L. 68.* genommen ist, an einem andern Orte lehrt: *In arbitrio esse iudicis*, modum iuriiurando statuere, ut *intra certam quantitatem* iuretur, ne arrepta occasione *in immensum* iuretur. *L. 4. §. 2. D. de in lit. iur.* und wenn Paulus sagt *L. 18. pr. D. de dolo malo:* Officio iudicis debet taxatione iusiurandum (sc. in litem) refrenari. Die Glosse unterscheidet zwischen der Taxation, die vom Gesetz geschieht, und derjenigen, welche dem Richter zusteht, und erklärt von der erstern die L. 68. von der letztern die L. 4. Allein daß damit so viel als nichts gesagt sey, hat schon *Ant.* FABER in Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 17. gezeigt. Deswegen aber die L. 4. mit Faber für interpolirt zu halten, hat eben so wenig Grund, als mit Huber in Eunom. Rom. Lib. VI. ad L. 68. h. t. §. 9. pag. 315. anzunehmen, daß die Worte *sine ulla*

auch, wenn er gleich den Kläger, der eidlichen Angabe desselben, gemäß entschädiget hat, dennoch von demselben nicht verlangen, daß er ihm seine Rechte an der Sache selbst abtrete [18]). Eben dieses findet auch nach dem Tode des Beklagten gegen die Erben desselben Statt [19]). Nam litis contestatio perpetuat, et in heredes transmissibilem

ulla taxatione in der L. 68. als eine Randglosse, durch Unwissenheit der Abschreiber in den Text gebracht worden wären. Es liegt ja schon in dem Begriff des Würderungseides, daß die Schätzung des streitigen Objects einzig der Bestimmung des Klägers überlassen seyn müsse, weil es hier auf das individuelle oder singuläre Interesse desselben ankommt. So wie aber für alles Sinnliche ein respectives Maas hergestellt werden kann, als Maximum, dessen Ueberschreitung nach allen Erfahrungssätzen schlechterdings nicht gerechtfertigt werden kann; so kommt es dem Richter zu, jenes Maximum zu fixiren, jenseits dessen die Schätzung des Klägers gewiß ungerecht wäre, und durch seinen Ausspruch das immensum, nicht das infinitum, aufzuheben. Man unterscheide also die Gränzen der Concurrenz zweyer Functionen, der des Richters, und der des Klägers, so ist aller Widerspruch gehoben. S. DRUMMERS Theorie des Würderungseides. *Bamberg* und *Würzburg* 1806. §. 17. und *Franc. Lud.* WIRSCHINGERS Versuch einer neuen Theorie über das Iuramentum in litem oder den Würderungseid. *Landshut* 1806. §. 70.

18) *L. 69. D. h. t.* Is, qui *dolo* fecit, *quominus possideret*, hoc quoque nomine *punitur*, quod actor caveri ei non debet, *actiones, quas eius rei nomine habet, se ei praestiturum.*

19) *L. 42. D. h. t.* Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur: tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet. S. Westphals angef. System §. 980.

lem facit actionem. In dem letztern Falle hingegen bezahlt er nur den wahren Werth, welchen der Kläger hier nicht durch seinen Eid bestimmen kann, sondern der Richter nach dem Anschlage des Klägers schätzt [20]). Der Beklagte kann auch von dem Kläger iura cessa verlangen, ja er hat schon, ohne Cession, der Sache wegen die actionem Publicianam utilem, selbst gegen den vorigen Eigenthümer, den er durch Bezahlung des Werths befriediget hat [21]), welche Klage hingegen demjenigen ausdrücklich

 abge-

20) *L. 4. §. 4. D. de in lit. iur.* Ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum constat: sed aestimationem a iudice faciendam. — *L. 5. §. 3. D. eodem.* Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam: haec enim iudex aestimat.

21) *L. 63. D. h. t.* Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret, *ut adversarius actiones suas cedat.* Cum autem Praetor auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. (Der Sinn dieser Worte ist: es sey nicht einmal eine Cession nöthig, da ihm der Prätor mit der actione publiciana zu Hülfe kommt.) Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente, debet adjuvari, nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit, restituere. Die Worte *debet adiuvari* etc. deuten darauf, daß dem Beklagten, welcher dem Kläger den Werth der Sache bezahlt hat, im Falle jenem blos eine culpa zur Last fiel, die actio publiciana auch selbst gegen seinen vormaligen Kläger zu gestatten sey, wenn dieser nachher die Sache wieder in seinen Besitz bekommen hätte, und er könne die Klage durch Zurückgabe des erhaltenen Werths nicht von sich abwenden. Denn durch die Annehmung des Werths hat er die Sache an den damaligen Beklagten verkauft. *L. 1.*

L. 3.

abgesprochen wird, der sich aus böser Absicht des Besitzes entäußert hat [22]).

Uebrigens kommt es in Ansehung des Beklagten nicht darauf an, ob er schon bey der Einlassung die Sache besaß, oder erst nachher den Besitz erhielt. Denn wenn er sich b. f. auf die Klage einließ, als wenn er die Sache schon besäße, hernach auch wirklich den Besitz noch vor der Sentenz erwarb, so kann er nun als ein verus possessor verurtheilt werden [23]).

§. 587.

Zweck der Klage. Wie? und wo muß die Restitution der Sache geschehen?

Der Zweck der Klage ist, daß der Kläger als Eigenthümer anerkannt, und ihm die Sache nebst Allem, was dazu gehört, sofort restituirt werde. Es ist daher bey der Anstellung der Vindication nöthig, daß die Sache, nach allen Merkmalen, die sie hat, genau bezeichnet werde [24]), damit

L. 3. D. pro emtore. VOET h. t. §. 33. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. nr. LI. not. e. et f. und Westphal in dem angef. System §. 937.

22) *L. 70. D. h. t.* Nec quasi publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit, per rapinam ab invito domino rem iusto pretio computare.

23) *L. 27. §. 1. D. h. t.* Possidere autem aliquis debet, utique et litis contestatae tempore, et quo res iudicatur. — Item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem iudicatur, possidet: probanda est *Proculi* sententia, ut omnimodo condemnetur. S. Westphal §. 934. S. 724.

24) *L. 6. D. h. t.* Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam, an partem et quotam petat. Appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. OCTAVENUS ita definit: quod

damit nicht am Ende ein Zweifel entsteht, welche Sache herausgegeben werden solle, und die ganze Condemnation vereitelt werde. Dieses könnte der Fall seyn, wenn mehrere Sachen einerley Namen führen, und es nicht angegeben ist, wie sich die eine von der andern unterscheidet [25]). Unbewegliche Sachen werden nun nach ihrer Lage und Nachbarschaft auch Namen, bewegliche aber nach ihrer Materie, Größe, Farbe, auch nach dem Geschlecht, wie z. B. bey Thieren, und andern Eigenschaften, wodurch sich die Sache von andern unterscheidet, beschrieben. Ein

quod infectae quidem materiae pondus, signatae vero numerum, factae autem speciem dici oportet. Sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. Et si vestimenta nostra esse, vel dari oportere nobis petamus, utrum numerum eorum dicere debebimus, an et colorem? Et magis est, ut utrumque. Nam illud inhumanum est, cogi nos dicere, trita sint an nova. Quamvis et in vasis occurrat difficultas, utrum lancem duntaxat dici oporteat, an etiam quadrata vel rotunda; vel pura, an caelata sint: quae ipsa in petitionibus quoque adiicere difficile est: nec ita coarctanda res est: licet in petendo homine nomen eius dici debeat, et utrum puer an adolescens sit. Utique si plures sint: sed si nomen eius ignorem, demonstratione eius utendum erit. Veluti: qui ex illa hereditate est; qui ex illa natus est. Item fundum petiturus, nomen eius, et quo loci sit, dicere debebit.

25) *L. 5. §. 4. D. eod.* Si plures sunt eiusdem nominis servi, puta plures Erotes, nec appareat, de quo actum sit: *Pomponius* dicit, nullam fieri condemnationem. Im Zweifel ist jedoch die Klageschrift zu Gunsten des Klägers auszulegen, und seine Meinung vorzuziehen. *L. 83. §. 1. D. de Verbor. obligat. L. 61. et 66. D. de iudic.* S. *Ant.* FABRI Iurisprud. Papinian. Tit. I. Illat. 9. pag. 26. sq.

unerheblicher Fehler bey der Beschreibung schadet jedoch nichts, sondern kann noch allemal verbessert werden [26]). Befinden sich bey der Hauptsache, die man vindicirt, noch Nebendinge, die dazu gehören, und bey derselben gebraucht werden, so sind auch diese in der Klage besonders zu bemerken. Z. B. die Geräthschaften bey einem Hause, das Boot bey einem Schiffe [27]).

Die Herausgabe der Sache selbst muß nun

I. von jedem Besitzer unentgeldlich geschehen [28]). Auch nicht einmal der Besitzer im guten Glauben kann verlangen, daß ihm der Eigenthümer den Werth vergüte, den er für die Sache bezahlt hat, sondern dieser muß sich mit dem bloßen Regreß an seinen Auctor begnügen [29]). Ver-

26) *L. 5. §. 4. D. h. t.* Cum in rem agatur, si de corpore conveniat, error autem sit in vocabulo, recte actum videtur.

27) *L. 3. §. 1. D. h. t.* Armamenta navis singula erunt vindicanda. Scapha quoque separatim vindicabitur.

28) *L. 3. C. h. t.* Mater tua vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere iure non potuit: sed rem tuam a possessore vindicare, *etiam non oblato pretio*, poteris. — *L. 23. C. eodem.* Si mancipium tuum per vim vel furtum oblatum, alii ex nulla iusta causa distraxerunt; vindicanti tibi dominium, *solvendi pretii nulla necessitas irrogatur.* — *L. 2. C. de furtis.* Incivilem rem desideratis, ut agnitas res furtivas non prius reddatis, quam pretium fuerit solutum a dominis. Curate igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna huiusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis.

29) *L. 16. C. de evictionib.*

Verschiedene Rechtsgelehrten [30]) haben zwar hierin eine Unbilligkeit finden wollen, allein ohne hinreichenden Grund. Denn das Recht des Besitzers in gutem Glauben beruhet auf einer bloßen Vermuthung, welche nothwendig der Wahrheit weichen muß, da der Eigenthümer unstreitig ältere und stärkere Rechte an der Sache hat, als der jetzige Käufer, und diese können dem Eigenthümer keinesweges durch eine ohne sein Wissen geschehene Veräußerung genommen werden. Dieses würde aber offenbar geschehen, wenn der Eigenthümer seine Sache noch einmal kaufen sollte. Hierdurch würde alles Vindicationsrecht vereitelt werden [31]). Ueberdem sagen auch die Gesetze [32]) ganz klar, daß der Käufer in gutem Glauben den Eigenthümer

30) S. BARBEYRAC ad *Puffendorfium* Lib. IV. cap. 13. §. 3. not. 1. et ad *Grotium* de iure B. et P. Lib. II. cap. 10. §. 4. SCHWARZ Diss. de obligatione possessoris bonae fidei ad rem domino restituendam; und BODINUS in Diss. de rei vindicatione contra bonae fidei possessorem non competente. *Halae* 1752.

31) Man s. *Io. Ge.* DIETERICHS Diss. de iustitia ac aequitate canonis, ubi rem meam invenio, ibi vindico, praeside *Mich. God.* WERNHER def. *Erlangae* 1767. und besonders *Io. Bapt. Aloys.* SAMHABER Diss. de eo, quod circa rei vindicationem tam adversus bonae, quam malae fidei possessorem instituendam iuris naturalis est. *Wirceburgi* 1788. Cap. VII.

32) *L. 1. C. ubi in rem actio.* In rem actio non contra venditorem, sed *contra possidentem* competit. *Frustra* itaque desideras, non tecum congredi, sed *cum auctore tuo*, dominum vindicantem, *cum te possidere contendas.* Nam si denunciasti ei, qui tibi vendit, intelligis, *evictionis illi periculum imminere.* Man sehe noch *Vinc.* RUMPFF Diss. de rei vindicatione. Sect. I. §. 12. wo man die Gründe des Bodinus geprüft und gründlich widerlegt finden wird.

thümer nie an seinen Auctor verweisen dürfe. Die Regel, nach welcher der Eigenthümer seine Sache von einem jeden Besitzer unentgeldlich abfordern kann, leidet jedoch verschiedene Ausnahmen [33]). Es giebt

1) Fälle, wo der Beklagte den Ersatz des für die Sache gegebenen Preises mit Recht verlangen kann. Dahin gehört

a) wenn er zum Nutzen des Klägers verwandt ist. Z. B. ein Minderjähriger vindicirt nach erlangter Majorennität ein Grundstück, welches sein Vormund ohne obrigkeitliches Decret verkauft hat, das Kaufgeld aber ist zum Nutzen des Minderjährigen verwendet worden [34]).

b) Wenn der Beklagte die Sache absichtlich zum Besten des Klägers unter solchen Umständen an sich brachte, wo sie sonst für den Kläger gewiß auf immer würde verlohren gegangen seyn. Hier ist der Beklagte als negotiorum gestor des Klägers zu betrachten. Er muß nur aber freylich jene Umstände zu beweisen im Stande seyn [35]).

c) Wenn der Beklagte die Sache vom Feinde eingelöset hat, der sie erbeutet hatte [36]).

Es

33) S. Ernst Christ. Westphals rechtliche Abhandlung von den Fällen, in welchen der Eigenthümer seine in eine dritte Hand gediehenen Sachen entweder gar nicht, oder nicht unentgeldlich abfordern kann. Halle 1787. 4.

34) *L. 16. Cod. de praed. et aliis reb. minor.*

35) Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. und besonders Westphal in der angef. Abhandl. §. 25. und 26.

36) *L. 6. D. de captiv. et postlim. reverf.* Mulier in opus salinarum ob maleficium data, (die Verurtheilung zu den Salzwer-

ken

Es giebt nun

2) auch solche Fälle, wo die Reivindication gegen den dritten Besitzer, der die Sache in gutem Glauben an sich gebracht hat, gar nicht Statt findet. Dahin gehört,

a) wenn der Beklagte die in Anspruch genommene Sache vom Fiskus, oder dem Regenten, oder desselben Gemahlin durch rechtmäßigen Titel an sich gebracht hat. Hier kann der Kläger an den Auctor des Beklagten verwiesen werden, gegen welchen ihm der Regreß vier Jahre offen bleibt [37].

b) Wenn

ken war bey den Römern eine gewöhnliche Strafe der Weibspersonen *L. 8. §. 8. D. de poenis*) et deinde a latrunculis exterae gentis capta, et iure commercii vendita ac redemta in caussam suam recidet. Coccio autem Termino Centurioni pretium ex fisco reddendum est. S. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XI. Th. 36. und Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 4.

37) Anfangs hatten die landesherrlichen Veräußerungen nichts besonders. Daher hielt sich der Eigenthümer an den Besitzer. Durch ein Edict des Kaisers Marcus Antoninus wurde zuerst verordnet, daß der Anspruch des Eigenthümers gegen denjenigen, der eine Sache vom Fiskus gekauft hat, nach dem Ablauf eines Zeitraums von fünf Jahren erloschen seyn solle. *§. 14. I. de Usucap.* Hierauf hoben die Kaiser Leo und Zeno alle Ansprüche des Eigenthümers an den Besitzer bey herrschaftlichen Veräußerungen auf, und schränkten die Regreßklage gegen den Fiskus auf eine vierjährige Zeitfrist ein. *L. 1. et 2. Cod. de quadrien. praescript.* Justinian dehnte endlich diese Verordnungen auch auf diejenigen Veräußerungen aus, die aus dem Privatvermögen des Regenten und seiner Gemahlin geschehen sind. S. *L. 3. C. eodem* und *§. ult. I. de Usucapion.*

b) Wenn in einem Lande die Regel gilt: Hand muß Hand wahren, oder wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder finden. Vermöge dieser Regel muß derjenige, der eine Sache dem Andern anvertraut, z. B. geliehen, oder in Verwahrung gegeben hat, sich bloß an diesen halten, und kann den dritten Besitzer in gutem Glauben nicht belangen. Ich habe hiervon schon an einem andern Orte gehandelt [38]. Wenn hiernächst

II. die Frage entsteht, wo die Herausgabe der Sache, sofern dieselbe eine bewegliche ist, geschehen müsse? so ist ein Unterschied zu machen, ob der Beklagte ein redlicher oder unredlicher Besitzer ist. Jener braucht sie nur da zu restituiren, wo sich die Sache befindet. Verlangt sie der Kläger an dem Orte ausgeliefert zu erhalten, wo er die Klage angestellt hat, z. B. in foro domicilii des Beklagten, so geschieht es auf Gefahr und Kosten des Klägers [39]. Es sind jedoch unter den Kosten blos die Kosten des Transports oder Reisekosten, nicht aber der Aufwand für Speise und Unterhalt (cibaria) zu verstehen. Dieser Unterschied enthält,

38) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 176. S. 545. und meine Rechtsfälle 3. B. Nr. XXXVIII. §. 2. u. 3.

39) *L. 10. D. h. t.* Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? Et non malum est, si bonae fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur: sed sumtibus petitoris, qui extra cibaria in iter vel navigationem faciendi sunt. *L. 11. D. eodem.* Nisi si malit petitor, suis impensis, et periculo ibi, ubi vindicatur (al. ubi iudicatur), rem restitui. Tunc enim de restitutione cum satisdatione cavebitur.

hält, wie Huber [40]) auch sehr richtig bemerkt, gar nichts Unbilliges. Etenim itinerarios ſumtus, ſagt er, actore deſiderante, fecit poſſeſſor, alioqui non facturus. Cibaria pecudi aut homini utique et ante praeſtabat, et, quamdiu poſſidebat, ubicunque morarentur, ultro ſuppeditare debuit. Wenn nun der Kläger verlangt, daß die Sache an den Ort der Klage hingeliefert werde, welches alſo, wie wir bemerkt haben, auf des Klägers Koſten und Gefahr geſchieht, ſo kann dem Beklagten dazu eine Friſt nachgelaſſen werden, und der Beklagte muß Caution ſtellen, daß er die Sache binnen der geſetzten Friſt an den Ort der Klage wirklich hinſchaffen wolle [41]).

Iſt der Beklagte ein malae fidei poſſeſſor, ſo beſitzt er die Sache entweder noch an dem Orte, wo er ſie erhielt, oder er hat ſie weiter geſchafft. Im erſten Falle reſtituirt er die Sache auch nur da, wo er ſie beſitzt, und es gilt hier eben das, was von dem b. f. poſſeſſor geſagt worden iſt. In dem letztern Falle hingegen muß er die Sache, wenn es der Kläger verlangt, auf ſeine Gefahr und Koſten an den Ort der Klage hinſchaffen [42]). Eben dies würde wohl auch bey dem b. f. poſſeſſor der Fall ſeyn,

40) Eunomia Rom. Lib. VI. ad L. 10. D. h. t. pag. 298. Man ſehe jedoch *L. 11. §. 1. D. ad exhibend.* und Weſtphal §. 927.

41) *L. 5. D. de edendo. §. 2. I. de officio iudicis.* S. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 11. D. h. t.

42) *L. 12. D. h. t.* Si vero malae fidei ſit poſſeſſor, qui in alio loco eam rem nactus ſit, idem ſtatui debet. Si vero ab eo loco, ubi lis conteſtata eſt, eam ſubtractam alio transtulerit: illic reſtituere debet, unde ſubtraxit, ſumtibus ſuis.

seyn, wenn ihm nach entstandenem Prozeß die Entfernung der Sache zur Last fällt [43].

§. 588.

Was heißt *cum omni causa* restituiren? Unterschied zwischen dem bonae und malae fidei possessor in Absicht auf die Restitution der Sache.

Da der Hauptzweck der Eigenthumsklage Restitution der Sache cum omni causa ist; so ist es nöthig, diese Ausdrücke jetzt näher zu erklären. Das Wort *restituere* hat hier eine Bedeutung von weitem Umfange, die ihm durch rechtliche Interpretation beygelegt ist [44]. Es heißt nicht blos die Sache herausgeben, sondern zugleich mit der Sache selbst dem Kläger alles ersetzen, was derselbe gehabt haben würde, wenn ihm die Sache von dem Beklagten nicht wäre vorenthalten worden. Den Beweis dieser Erklärung enthalten folgende Gesetzstellen.

1) *L. 246. D. de verbor. signific.* Restituit non tantum, qui solum *corpus*, sed etiam, qui *omnem rem conditionemque* reddita causa praestet, et *tota restitutio iuris est interpretatio* [45].

2) *L. 35. D. eodem.* Restituere autem is intelligitur, qui simul et *causam* actori reddit, *quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei red-*

43) S. *Ant.* FABRI Rational. ad L. 12. D. h. t. not. c.

44) S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Restituere.*

45) Das heißt, wie es *Io.* GOEDDAEUS in Commentar. ad h. L. erklärt: *Totum id, quod in restitutionem venit, et quod restitui debet, a iuris interpretatione proficiscitur.*

reddita fuisset, id est, et *usucapionis causam* [46]), et *fructum.*

3) *L* 75.

46) Diese *usucapionis causa* geht darauf, daß nach den Gesetzen der Pandecten die von einem b. f. possessore angefangene Usucapion durch die Litiscontestation nicht unterbrochen wurde, sondern während des Prozesses vollendet werden konnte, obwohl der Beklagte dennoch, wenn der Kläger sein Eigenthum bewies, zur Herausgabe der Sache officio iudicis condemnirt wurde. Daher heißt hier *restituere usucapionis causam*, wie Cujaz in Comm. ad h. L. sagt: restituere rem post acceptum iudicium usucaptam, perinde ac si non fuisset usucapta. Die während des Prozesses vollendete Usucapion konnte indessen mancherley Folgen hervorbringen. Ulpian führt *L. 17. D. h. t.* aus Julians Digesten folgenden Fall an. Es wurde ein Sklave vindicirt, der Besitzer befand sich in conditione usucapiendi, und vollendete, während des Prozesses, die Usucapion. Nach dieser Vollendung wird der Sklave von einem Dritten widerrechtlich getödet. Hier acquirirte nicht der Kläger, sondern der Beklagte während des Prozesses die actionem legis Aquiliae, denn nach der Strenge des Civilrechts war der Beklagte durch die Usucapion Eigenthümer geworden. Wurde aber nachher der Beklagte zur Restitution des Sklavens condemnirt, so konnte der Kläger von dem Beklagten gegen den Urheber der Entleibung iura cessa fordern. War der Beklagte bey dieser Entleibung selbst nicht ausser Schuld, so war er, als ein solcher, qui dolo possidere desiit, dem Kläger den Werth des Sklavens zu ersetzen schuldig. Beydes zugleich konnte jedoch der Kläger nicht fordern, es kam daher darauf an, welches von beyden dem Kläger vortheilhafter war. Hieraus sind nun die Worte der *L. 17. §. 1. D. h. t.* verständlich, wo Ulpian sagt: Idem IULIANUS ait, non solum fructus, sed etiam *omnem causam* esse praestandam, et ideo et partum venire in restitutionem et partuum fructus. Usque adeo autem et *causae* veniunt, ut IULIANUS *libro septimo* scribit, si per eum servum possessor acquisierit actio-

3) *L.* 75. *D. eodem.* Restituere is videtur, qui id restituit, *quod habiturus esset actor*, *si controversia ei facta non esset.*

4) *L.* 20. *D. de rei vindic.* Praeterea restituere debet possessor, et quae post acceptum iudicium per eum, non ex re sua, acquisivit: in quo hereditates quoque legataque, quae per eum servum obvenerunt, continentur. Nec enim sufficit, *corpus ipsum* restitui: sed opus est, ut et *causa rei* restituatur: id est, *ut omne habeat petitor*, *quod habiturus foret*, *si eo tempore, quo iudicium accipiebatur*, *restitutus illi homo fuisset.* Itaque partus ancillae restitui debet: quamvis postea editus sit, quam matrem eius, post acceptum scilicet iudicium, possessor usuceperit.

Nach diesen Stellen wird also unter causa rei[47]) hier überhaupt alles dasjenige begriffen, was der Kläger ausser

actionem legis Aquiliae, restituere cogendum. Quodsi dolo malo ipse possessor desierit possidere, et aliquis hominem iniuria occiderit: aut pretium hominis aut actiones suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor. — Besonders merkwürdig ist, was Ulpian zur Erläuterung hinzufügt: Sed quod dicit (sc. IULIANUS) de *actione legis Aquiliae*, procedit, si post litem contestatam usucepit possessor, *quia plenum ius incipit habere.* Durch diese Stelle ist nun vollends ganz klar, was es heißt: *usucapionis causam restituere.* Man vergleiche POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXXVII. Tom. I. pag. 220. und Westphals angef. System §. 924. S. 711. folg.

47) Das Wort CAUSA hat bekanntermaßen noch mancherley andere Bedeutungen, welche der Verf. in der Note i. anführt. Diese werden an den gehörigen Orten erklärt werden.

ausser der Sache selbst, welche er vindicirt, von dem Beklagten durch die angestellte Klage zu fordern berechtiget ist, und was insonderheit der Kläger gehabt haben würde, wenn die Herausgabe der Sache gleich zu Anfange des Prozesses geschehen wäre [48]). Zu dieser causa rei gehören demnach 1) alle Accessionen (§. 589.), 2) alle Früchte und Nutzungen der Sache (§. 590.), auf welche der Richter sogar von Amtswegen erkennen muß [49]); 3) die Ersetzung alles der Sache zugefügten Schadens. **Ulpian** [50]) sagt ausdrücklich: Non solum autem rem restitui, verum et *si deterior res sit facta*, rationem iudex habere debebit. Finge enim debilitatum hominum, vel verberatum vel vulneratum restitui. Utique ratio per iudicem

48) *L. 31. pr. D. de reb. credit.* sagt: Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto, hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum CAUSA OMNIS restituenda sit, id est, *omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.*

49) *L. 35. §. 1. D. h. t.* macht dies sogar dem Richter in dem Falle zur Pflicht, da er sich bey der Verurtheilung des Beklagten in der Hauptsache geirrt hätte. Ubi autem alienum fundum petii, et iudex sententia declaravit, meum esse: debet etiam de fructibus possessorem condemnare. Eodem enim errore et de fructibus condemnaturum. Non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit. *Alioquin*, ut MAURICIANUS ait, *nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui*, et *quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim restituisset?* Man sehe über diese Stelle Westphal a. a. O. §. 941. Hierher gehört auch noch *L. 81. D. de Verb. Sign.* wo Paulus sagt: Verbo *restitutionis* omnis utilitas actoris continetur.

50) *L. 13. D. h. t.*

cem habebitur, *quanto deterior sit factus*; quanquam et Legis Aquiliae actione conveniri possessor possit [51]. Unde quaeritur, an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio Legis Aquiliae. Et *Labeo* putat, cavere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum. Quae sententia vera est. Zur *omnis causa*, in welche der Beklagte zu verurtheilen ist, gehört auch endlich noch 4) daß der Kläger zuweilen bey der Restitution der Sache von dem Beklagten eine Sicherheitsleistung verlangen kann. Wenn nämlich der Beklagte während des Prozesses die Sache usucapirt hatte, so war zu besorgen, er möchte die Sache verpfändet, oder sonst zum Nachtheil des Klägers beschwert haben. Denn alle Verpfändungen und sonstige Beschwerungen der Sache, die der Beklagte nach vollendeter Usucapion vornahm, blieben nach der Strenge des Rechts gültig, wenn gleich der Beklagte zur Restitution der Sache war verurtheilt worden. Deswegen konnte der Kläger zu seiner Sicherheit die cautio de dolo verlangen [52]. War die Sache noch nicht verjährt,

51) Diese Aquilische Klage konnte noch Statt haben, wenn auch die Eigenthumsklage durch den zufälligen Untergang der Sache aufgehoben war, wie Paulus lehrt *L. 27. §. 2. D. de rei vind.* wo es heißt: Si homo petitus dolo possessoris deterior factus sit: deinde sine culpa eius ex alia causa mortuus sit: aestimatio non fiet eius, quod deteriorem eum fecerat, quia nihil interest petitoris. Sed haec quantum ad in rem actionem: Legis autem Aquiliae actio durat. S. Westphal a. a. O. §. 939.

52) *L. 18. D. h. t.* Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine *de dolo cavere*. Periculum est enim, ne eum vel pignoraverit, vel manumiserit. S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XVI. §. 53.

jährt, aber während des Prozesses weggekommen, so mußte der Beklagte, wenn er gleich absolvirt wurde, doch wenigstens eine cautio de re restituenda, si ad possessorem fuerit reversa, leisten [53]. Ausserdem kann der Kläger von jedem Besitzer bey der Restitution der Sache Caution fordern, daß er weder durch Dolus noch Culpa die Lage des Klägers in Ansehung der restituirten Sache verschlimmert habe [54].

So viel nun also

I. die Restitution der Sache selbst anbetrifft, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Der Beklagte besitzt die Sache noch so, wie er sie erhielt, und wie sie war, als sie der Kläger selbst inne hatte. Hier ist jeder Besitzer die Sache unweigerlich herauszugeben verbunden, und er kann sich der Restitution derselben so wenig unter dem Vorgeben, daß ihm ein Pfandrecht oder Nießbrauch an der Sache zustehe [55], als aus dem Grunde entziehen, daß ihn ein Dritter der nämlichen Sache wegen in Anspruch genommen habe. Es kann in diesem letzten Falle der Beklagte von dem Kläger nur

53) *L. 21. D. h. t.* IULIANUS autem in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere possessorem, *si rem nactus fuerit, ut eam restituat.* Idque POMPONIUS probat.

54) *L. 45. D. h. t.* Diese Stelle wird noch in der Folge weiter erklärt werden.

55) *Nov. XVIII. cap. 10.* Es bleibt indessen dem Beklagten unbenommen, nach erfolgter Restitution seine vermeintlichen Rechte an der Sache besonders auszuführen.

nur blos Caution verlangen, daß wenn der spätere Kläger die Sache ebenfalls evinciren würde, er ihn, den Beklagten, wegen der Execution vertreten, und schadlos halten wolle[56]). Eine solche Caution wegen der Entschädigung

56) So ist wenigstens dieser Fall in den Gesetzen entschieden. *L. 57. D. h. t.* sagt ausdrücklich: Is, a quo fundus petitus erat, ab alio, eiusdem fundi nomine, conventus est. Quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset, et postea secundum alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret? Respondi: uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret, vel satisdaret, *si alter fundum evicisset, eum praestare.* Die nämliche Entscheidung kommt auch bey der Erbschaftsklage vor *L. 57. D. de heredit. petit.* Eigentlich wäre der Beklagte in Ansehung des spätern Klägers zu entbinden, weil er hier ohne seine Schuld zu besitzen aufhört. *L. 27. §. 1. D. h. t.* Dann müßte aber der zweyte Kläger eine neue Klage gegen den Obsieger anstellen. Allein durch das Mittel der Caution ist für das Recht beyder Theile gesorgt. Der erste Kläger muß nun den Beklagten gegen den zweyten vertreten. Dieser letztere braucht auch keine neue Klage anzustellen, und ist, wenn er ein besseres Recht ausführt, gesichert, daß ihm der erste Obsieger die Sache herausgeben muß. Dies ist der ganz natürliche Sinn der Worte: Sed melius est, officio iudicis cautione vel satisdatione victo mederi: *cum et res salva sit ei, qui in executione tardior venit, adversus priorem victorem;* welche Westphal in dem systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 511. ganz unrichtig verstanden hat. Man sehe vielmehr POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Tit. de heredit. petitione Nr. LXI. not. b. pag. 211. Daß Neratius in der *L. 57. D. de hered. petit.* ein anderes und noch zweckmäßigeres Cautionsmittel zur Deckung des Beklagten in dem bemerkten Falle eingeführt habe, als

gung kann der Beklagte auch in dem Falle fordern, wenn er selbst wegen der vindicirten Sache einem Dritten hatte Caution leisten müssen, z. B. dem Nachbar wegen der Baufälligkeit des vindicirten Hauses die cautio damni infecti [57]. Wegen verwendeter Unkosten steht jedoch dem redlichen Besitzer das Retentionsrecht zu [58]. Wenn sich der Beklagte aus Ungehorsam weigert, die Sache, dem rechtskräftigen Erkänntniß gemäß, zu restituiren, so kann ihm, wenn es der Kläger verlangt, entweder die Sache mit Gewalt weggenommen [59], oder auch der Kläger, wenn

als dasjenige, von welchem Alfenus in der *L. 57. D. h. t.* spricht, wie *Henr.* BRENKMANN in Diatr. de Eurematicis Cap. XII. §. 5. pag. 254. behauptet, ist mir unbegreiflich, wenn gleich *Christ. Gottl.* RICHTER Exercit. de Neratio Prisco ICto. *Lipsiae* 1788. Cap. IV. pag. 49. seq. ihm beystimmt. Nach unserm heutigen Prozeß würde die Klage des spätern Klägers als eine Prinzipalintervention einzuleiten seyn, und dann wäre eine weitere Cautionsleistung gar nicht nöthig, wie auch Westphal in dem System des R. R. über die Arten der Sachen §. 916. S. 704. richtig bemerkt hat. Zwar will man gewöhnlich die *L. 57. D. h. t.* von dem Falle verstehen, da der neue Kläger hinzukommt, nachdem schon für den erstern rechtskräftig erkannt worden. Allein daß diese Erklärung den Worten zuwider und offenbar unrichtig sey, hat HOFACKER in Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestorum supersunt. *Tubingae* 1775. pag. 108. sqq. überzeugend dargethan.

57) *L. 19. D. h. t.* Ipsi quoque reo cavendum esse Labeo dicit: *his rebus recte praestari*, si forte fundi nomine *damni infecti* cavit. Was die Worte: *His rebus recte praestari* bedeuten, lehrt *L. 71. §. 1. D. Verb. Signif.*

58) *L. 48. D. h. t.*

59) *L. 68. D. h. t.* Qui restituere iussus, iudici non paret, contendens, non posse restituere; si quidem habeat rem: *manu militari*,

er dieses wählt, zum iuramento in litem gelassen werden [60]).

2) Die

litari, officio iudicis, ab eo possessio transfertur; et fructuum duntaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. *Ant.* FABER Lib. XVI. Conjecturar. iuris civ. cap. 17. hält in dieser Stelle auch nicht ein Wort für ächt Ulpianisch; alles scheint ihm Tribonians Hand zu verrathen. Besonders ist ihm der Ausdruck *manus militaris* anstößig, weil *L. 1. C. de officio militar. iudic.* gesagt wird: Nunquam omnino in negotiis privatorum vel tuitio militaris vel executio tribuatur. Allein daß hier unter *manus militaris* diejenige Hülfe verstanden werde, die der Richter gegen Ungehorsame durch seine Gerichtsdiener (apparitores) vollstrecken läßt, ist ausser Zweifel, und auch schon von andern bemerkt worden, daß die Worte *officio iudicis* zur Erläuterung hinzugefügt, und durch officiales iudicis zu erklären sind. Man sehe *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad h. L. 68. §. 3. pag. 313. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 14. *Gregor.* MAIANSII ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iuris civ. corpore, Commentar. Tom. II. pag. 336. seq. und *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de manu militari. *Lipsiae* 1742.

60) Wählte der Kläger den Eid, so gieng das Eigenthum auf den Beklagten über. Denn eine solche aestimatio litis wird gleichsam als ein Kauf angesehen. *L. 46. D. h. t. L. 7. §. 1. D. de public. in rem act.* Man erinnere sich, was davon an einem andern Orte (§. 565. S. 533. des 7. Theils) gesagt worden ist. Hier bemerke ich nur noch, daß die Verurtheilung in die Bezahlung des von dem Kläger beschwornen Werths, nach der römischen Gerichtsordnung eine zweyte Sentenz erforderte, welche *condemnatio* hieß, dahingegen die erste Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache selbst *arbitrium* genennt wurde. Die Klagen, bey denen diese zweyfache Verurtheilung vorkam, hießen actiones arbitrariae. (S. den 3. Th. §. 274. a. E.) Zu diesen gehörte also die Reivindication.

L. 21.

2) Die Sache ist nicht mehr so vorhanden, wie sie der Beklagte erhielt. Hier sind wieder folgende Fälle zu unterscheiden.

a) Die Sache ist bey dem Besitzer beschädiget, oder verlohren, oder sonst zu Grunde gegangen. Hier kommt es nun vorzüglich darauf an, ob der Besitzer ein bonae oder malae fidei possessor ist. Jener steht, so lange er nicht belangt worden ist, für gar keinen Schaden, weder für Totalruin noch für Deterioration der Sache: quia re sua se abuti putavit, wie Ulpian [61]) in einem ähnlichen Falle sagt. Er hat gedacht, es mit einer Sache zu thun zu haben, die sein Eigenthum ist. Ist er nun auch nicht als ein guter Hauswirth mit der Sache umgegangen, so hat er doch nicht geglaubt, einem Andern dadurch Scha-

L. 21. C. h. t. sagt ganz klar: A possidentibus vindicata mancipia, quorum dominium ad vos pertinere intenditis, si, posteaquam impleveritis intentionem, haec non restituantur, *iurisiurandi solennitate secuta, condemnatio procedere debet.* S. Westphal im angef. System §. 976. u. 977. Da der Kläger bey dem iuramento in litem die Befugniß hat, nicht blos das pretium des Objects, als solchen, sondern auch das ultra, d. i. sein singuläres Interesse, durch seine eidliche Taxation zu bestimmen, so erklärt sich daraus, wenn Ulpian sagt *L. 1. D. de in litem iurando:* Crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem. Res enim ex contumacia aestimatur ultra rei pretium, sive nostrum quid petamus, sive ad exhibendum agatur. S. Wirschingers Versuch über das iuramentum in litem §. 60.

61) L. 25. §. 11. D. de heredit. petit.

den zu thun. Es ist ihm also zu verzeihen [62]). Rem quasi suam neglexit [63]). Allein sobald die Klage gegen ihn erhoben ist, so muß er für alles, auch das geringste Versehen, sogar im Nichtthun, haften. Denn so bald der bonae fidei possessor von der wider ihn erhobenen Klage legale Nachricht erhalten, wird er als ein administrator rei eventualiter alienae angesehen, und daher, in sofern von dolus und culpa die Rede ist, dem malae fidei possessor gleich geachtet, ja die Gesetzgebung behandelt ihn von der Zeit an wie einen praedo. Die Regel: *Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam, et quasi praedones tenentur*, ist bekannt, und keinesweges blos auf die Erbschaftsklage eingeschränkt, sondern sie findet auch bey den dinglichen Specialklagen Statt, wie aus dem vom **Ulpian** [64]) beygefügten Grunde erhellet: Coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. **Ulpian** wendet sie auch bey der Reivindication ausdrücklich an, wenn er sagt [65]): Si homo sit, qui post

62) Man vergleiche hier, was oben (in dem Tit. de hereditatis petitione §. 563. S. 555. folg. des 7. Bandes) vorgekommen ist; auch **Westphals** System §. 929. u. §. 938.

63) *L. 31. §. 3. D. de heredit. petit.*

64) *L. 25. §. 7. D. de heredit. petit.* Man erinnere sich, was zur Erläuterung dieser Stelle schon im 7. Theil §. 567. gesagt worden ist. Ueberdem ist noch zu vergleichen *Franz* SCHOEMAN im Handbuch des Civilrechts. 1. B. S. 280. ff. und **Westphals** System §. 933.

65) *L. 45. D. h. t.* Das Nämliche findet auch nach der *L. 4. §. 2. D. Finium regundor.* bey der Gränzscheidungsklage Statt, quae pro vindicatione rei est, wie es *L. 1. D. eodem* heißt.

post conventionem restituitur, si quidem a bonae fidei possessore: puto cavendum esse de dolo debere: *caeteros* etiam *de culpa sua, inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.* Ulpian redet hier von der Caution, welche der Besitzer bey der Restitution der Sache dem Kläger auf sein Verlangen leisten muß. Er unterscheidet, ob der Besitzer die Sache dem Eigenthümer sofort herausgegeben, nachdem letzter die Sache von ihm abgefordert hatte, ohne es zum Prozeß darüber kommen zu lassen [66]), oder erst post litem contestatam. Im ersten Falle cavirt der b. f. possessor blos de dolo, dessen er sich schuldig gemacht, nachdem er Wissenschaft davon erhalten, daß die Sache eine fremde Sache sey; der malae fidei possessor aber muß auch de culpa sua caviren. Kommt es aber zum Prozeß, so muß jeder Besitzer ohne Unterschied, der bonae fidei possessor so gut, wie der m. f. possessor, für jedes Versehen haften. Eben dieses bestätigt auch Cajus [67]), wenn er sagt: Qui in rem convenitur, etiam *culpae nomine* condemnatur. Culpae autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit: et qui servum a se petitum in arena esse concessit, et is mortuus sit: sed et qui fugitivum a se petitum non custodit, si is fugit: et

 qui

66) Dies heißt *post conventionem* in dem angeführten Gesetz, wie *Ant.* FABER in Rational. ad L. 45. cit. diese Worte ganz richtig erklärt hat. Das Gesetz muß übrigens mit Accursius von einem solchen Falle verstanden werden, da der b. f. possessor schon scientiam rei alienae erhalten hatte, nachdem er sich eines Dolus schuldig machte.

67) *L. 36. §. 1. D. h. t.*

qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio peremta est. Für Unglücksfälle hingegen steht der bonae fidei possessor nicht, wenn auch gleich die Fortsetzung des Besitzes dazu die Veranlassung gegeben haben sollte. Denn man kann es dem Besitzer nicht zumuthen, daß er aus Furcht, die Sache könnte während des Prozesses verlohren gehen, sich sofort dem gegentheiligen Gesuche füge, ohne zuvörderst von dessen Rechtmäßigkeit überzeugt worden zu seyn[68]). In dieser Hinsicht sagt daher **Paulus**[69]): Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit. Nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor[70]): ut tamen, si interea eum usuceperit, actionibus suis cedat petitori[71]), et fructus eius temporis, quo possedit, praestet. Quodsi nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat

68) Es paßt vollkommen hierher, was Paulus *L. 40. D. de hered. petit.* sagt: Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.

69) *L. 21. D. h. t.*

70) Denn hier fällt dem Besitzer keine Culpa zur Last, also muß das Entlaufen des Sklaven als ein reiner Zufall angesehen werden.

71) Was hier von der Usucapion während des Prozesses vorkommt, ist schon oben (Not. 46.) erläutert worden. Die Klagen, deren Cession der Kläger verlangen konnte, konnten verschieden seyn, als actio legis aquiliae, oder actio de servo corrupto.

caveat petitori de persequenda ea re. Quominus [72]) enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat [73]). Nec iniquum id esse, Pomponius libro trigesimo nono ad Edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit [74]); ut tamen, si usu eum non cėpit, actor ei actionibus suis cedat [75]).

Ist der Beklagte ein malae fidei possessor, so haftet er nicht nur für alle Deteriorationen, die er mit Vorsatz oder durch irgend ein Versehen verursacht hat, es sey während

72) Westphal in dem angef. System §. 935. S. 724. erklärt das *Quominus* so: Quid impedit, quominus — possit? Allein es ist eigentlich statt Quominus — *cominus* zu lesen, wie Haloander und Contius haben. Dieses cominus aber heißt so viel als recta via oder statim. Diese Leseart billigen auch CUJACIUS Lib. XI. Observation. cap. 39. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. 21. not. f. POTHIER in Pand. Iustinian. h. tit. Nr. XXVI. not. b. und HUBER in Eunom. Rom. pag. 300.

73) Durch das Entlaufen des Sklavens ward die angefangene Usucapion nicht unterbrochen, sie konnte daher auch während seiner Flucht vollendet werden, so lange kein anderer denselben in seinen Besitz bekam. *L. 1. §. 14. D. de acquir. vel amitt. poss.* Der Besitz desselben dauerte also auch während der Flucht fort. *L. 15. D. eodem* sagt: Servus fugitivus, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest.

74) *Ipsius nomine damnari* heißt: der Beklagte muß den Werth bezahlen.

75) *Cedat.* Diese Cession hatte, wie schon an einem andern Orte bemerkt worden ist, nur Statt, wenn die vindicirte Sache durch eine bloße Culpa des Besitzers weggekommen war.

rend des Streites, oder schon vorher geschehen [76]); sondern auch für den Zufall, jedoch für diesen nicht ohne Unterschied. Der Zufall, dadurch die Sache umkam, war entweder ein natürlicher, das ist ein solcher, der entweder in der Natur des Objects, wie z. B. Mortalität, oder in einer ausserordentlichen Naturbegebenheit (vis maior) seinen Grund hat, z. E. wenn das vindicirte Haus durch ein Erdbeben (chasma) oder durch einen Blitzstrahl zu Grunde geht; oder es ist ein solcher Zufall, der die Sache bey dem Eigenthümer selbst nicht betroffen haben würde. Jenen prästirt der malae fidei possessor in der Regel nicht, ausgenommen, wenn der Kläger die Sache, falls sie ihm gleich restituirt worden wäre, noch vor dem eingetretenen Zufall hätte verkaufen können. Diesen aber unbedingt. Hierher gehören folgende Stellen, welche einiger Erläuterung bedürfen.

1) *L.* 15. § 3. *D. h. t.* Hier sagt **Ulpian**: Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit *sine dolo malo et culpa possessoris:* pretium non esse praestandum *pleri-*

76) *L. 13. D. h. t.* sagt: Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debebit. Daß diese Stelle vom malae fidei possessor zu verstehen sey, erhellet aus der Verbindung mit der vorhergehenden *L. 12. D. eodem.* Es wird hier auch kein Unterschied gemacht, ob die Deterioration gerade während des Prozesses geschehen sey, oder schon vorher. Nun vergütet der b. f. possessor keine Deterioration, die vor entstandenem Prozeß geschehen ist. Der m. f. possessor hingegen haftet auch für eine culpa praeterita. *L. 25. §. 2. D. de hereditat. petit.* S. *Fr.* SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts. 2. B. S. 329. f.

plerique aiunt Sed est verius, *si forte distracturus erat petitor*, *si accepisset*, *moram passo debere praestari:* nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus. Anton Faber[77]) will diese ganze Stelle blos von einem b. f. possessor verstehen, weil es hier zur Bedingung des von dem Beklagten zu prästirenden Zufalls sey gemacht worden, daß der Kläger die Sache würde veräußert haben, wenn er sie gehabt hätte. Dieses müsse auch der Kläger darthun. Wäre von einem malae fidei possessor die Rede, so käme es nicht darauf an, ob der Kläger die Sache wirklich veräußert haben würde, oder nicht, sondern es sey schon genug, wenn die Veräußerung von Seiten des Klägers nur möglich gewesen wäre[78]). Allein daß diese Stelle von einem m. f. possessor zu verstehen sey, erhellet theils aus der Verbindung mit den vorhergehenden Stellen, besonders der *L.* 12. u. 13 *D. h. t.* theils daraus, weil Ulpian von einem Beklagten redet, der in mora ist. Das kann nur der malae fidei possessor seyn[79]). Denn der b. f. possessor steht für keine Mortalität, auch nicht während des Prozesses: nec enim debet propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relin-

77) Rational. in Pandect. ad h. L. not. a. et d.

78) Er führt als Beweisstellen an: *L. 47. in fin. L. 108. §. 11. D. de legatis I. L. 14. §. 11. in fin. D. Quod metus causa. L. 12. §. ult. D. depositi. L. 82. §. 1. D. de Verbor. obligat. L. 8. D. de re iudic.*

79) Mit mir stimmen auch hierin POTHIER in Pand. Iust. h. t. nr. 28. not. e. Westphal in dem angef. System §. 929. S. 718. und SCHOEMAN im angef. Handbuche 2. B. S. 329. f. überein.

linquere, wie schon oben bemerkt worden ist[80]). Allein selbst in Ansehung des malae fidei possessoris waren die römischen Rechtsgelehrten nicht einig. **Sabinus** und **Cassius** meinten, auch dieser sey unbedingt freyzusprechen, wenn während des Prozesses die Sache bey ihm durch einen natürlichen Zufall, nämlich durch den erfolgten Tod des streitigen Objects, umgekommen wäre. Ein solcher naturalis interitus treffe billig den Kläger, als Eigenthümer, weil die Sache doch auch auf eben die Art bey ihm selbst umgekommen seyn würde, wenn sie ihm auch in Zeiten wäre restituirt worden[81]). Diese Rechtsgelehrten, deren Meinung die meisten Anhänger muß gehabt haben, wie aus den Worten: plerique aiunt erhellet, nahmen also auf die Möglichkeit, daß der Kläger die Sache hätte verkaufen können, wenn sie ihm nicht von dem Beklagten wäre vorenthalten worden, durchaus keine Rücksicht. **Ulpian**, dessen Meinung für uns die gesetzliche ist, hält jedoch die Behauptung derjenigen Rechtsgelehrten[82]) für richtiger, welche wenigstens in dem Falle den malae fidei possessor für schuldig halten, auch den natürlichen Zufall der streitigen Sache zu prästiren, wenn sie vielleicht der Kläger veräußert haben würde, wofern er sie zu rechter Zeit erhalten hätte. Denn da er hier den Werth lucrirt

80) Man sehe auch *Barthol.* CHESII Interpretat. iuris Lib. II. cap. 23. nr. 30.

81) Dieser Meinung wird gedacht *L. 40. princ. D. de hereditat. petit.* und *L. 14. §. 1. D. depositi.*

82) Dies war vorzüglich die Meinung des Proculus, welcher auch schon Paulus *L. 40. pr. D. de heredit. petit.* beypflichtete.

lucrirt hätte, so müsse ihm wenigstens dieser ersetzt werden. Nun fragt sich's aber, wie die Worte: si forte distracturus erat petitor, zu verstehen sind? Ist schon die bloße Möglichkeit einer Verkaufsgelegenheit von Seiten des Klägers hinreichend, so daß zu Gunsten desselben rechtlich für gewiß anzunehmen, er würde die Sache verkauft haben, wenn er sie gehabt hätte, ohne daß der Kläger einen weitern Beweis darüber beyzubringen verpflichtet ist; oder muß der Kläger darthun, daß er wirklich eine Gelegenheit gehabt hätte, die Sache an einen Dritten zu verkaufen, und sie verkauft haben würde, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden. Das Letztere behaupten die mehresten Rechtsgelehrten [83]), das Erstere hingegen hat gegen die gemeine Meinung neuerlich besonders Schöman [84]) zu zeigen sich bemüht. Allein es ist hier wohl zu erwägen, daß die Meinung der Cassianer, welcher nach der Bemerkung Ulpians die meisten Rechtsgelehrten folgten, keinesweges ganz verworfen, sondern immer noch als Regel angenommen worden sey, von welcher hier Ulpian, nach der berichtigenden Meinung anderer römischen Juristen, eine Ausnahme macht. Cajus, der Zeitgenosse Caracalla's [85]), der so gut, wie Ulpian und

83) VOET in Commentar. h. t. §. 34. *Iust.* MEIER Ἐνδοξῶν Iustinianeor. Decad. III. cap. 3. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 196. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. V. Tit. 3. Qu. 19. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1677. in fin. besonders WERNHER in Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 214. nr. 116.

84) Handbuch des Civilrechts. 2. B. S. 329. folgg. besonders S. 335. ff.

85) S. Hugo's civilist. Magazin 2. Band S. 358 ff.

und **Paulus**, unter die ICtos hercifcundos gehörte [86]), billiget die Meinung des **Cassius** ausdrücklich als Regel, wenn er sagt [87]): Sive cum ipso, apud quem deposita res est, actum fuerit, sive cum herede eius, et *sua natura* res ante rem iudicatam interciderit, veluti *si homo mortuus fuerit*, SABINUS *et* CASSIUS, absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere. *Utique* (allerdings) *cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.* Soll also der Besitzer dennoch wegen des natürlichen Untergangs der Sache haften, so kann dies nur unter der Bedingung geschehen, wenn der Kläger darthut, daß er die Sache veräußert haben würde. Denn nun tritt der Grund des Gesetzes ein: hätte der Beklagte dem Kläger die Sache in Zeiten restituirt, so hätte sie der Kläger verkauft, und den Werth der Sache gewonnen. Sollte nun zu Gunsten des Klägers, ohne weitern Beweis, schon rechtlich für gewiß anzunehmen seyn, daß der Kläger die ihm gehörige Sache verkauft haben würde, so würde dadurch nicht nur die Regel des **Cassius** ganz aufgehoben seyn, welche man doch nicht aufheben, sondern nur limitiren wollte, sondern es würden nun auch die Worte: *si forte distracturus erat petitor*, welche doch, wie **Anton Faber** mit Recht bemerkt, nicht die rationem legis, sondern eine factische Bedingung enthalten, ganz ohne Sinn da stehen. Man wendet zwar ein, nach einer reinen Interpretation dürfe auf den Grund, daß der Kläger die Sache hätte ver-

86) *Gottfr.* MASCOV Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. VIII. §. 1. et 2.

87) *L.* 14. §. 1. *D. depositi.*

veräußern können, eigentlich gar keine Rücksicht genommen werden, sondern der wahre Grund liege in der mora des Beklagten, deren Wirkung darin bestehe: daß der casus unbedingt zum Nachtheile des morosen Schuldners der Sache gereiche, wenn es nur nach den gegebenen Umständen dem Kläger nicht ganz unmöglich gewesen wäre, dieselbe, wenn er sie zu rechter Zeit erhalten hätte, an einen Dritten zu verkaufen [88]).

Allein hier liegt offenbar eine petitio principii zum Grunde [89]), wovon der Beweis des Gegentheils sehr leicht ist. Ulpian, der beste Ausleger seiner Worte, mag uns hier selbst zum Wegweiser dienen. Er sagt nämlich an einem andern Orte [90]), wo er das Edict des Prätors: *Quod metus causa gestum erit*, erklärt, und auch von der Restitution der Sache die Rede ist: Si autem ante sententiam homo *sine dolo malo et culpa* mortuus fuerit, tenebitur; et hoc fit his verbis Edicti, *neque ea res arbitrio iudicis restituetur.* Ergo si in fuga sit servus sine dolo malo et culpa eius, cum quo agetur: cavendum esse per iudicem, ut eum servum persecutus reddat. Sed et si *non culpa* ab eo, quocum agitur, abierit; *si tamen peritura res non fuit*, *si metum non adhibuisset*, tenebitur reus; sicut in interdicto *unde vi*, vel *quod vi aut clam* observatur. Itaque INTERDUM (also nicht unbedingt) hominis mortui pretium recipit, *qui*

88) S. SCHOEMAN a. a. O. S. 335. f.

89) Mit Recht sagt MEIER in den angeführten Ἐνδόξοις Dec. III. cap. 3. §. 6. *Quod actor semper praesumatur distracturus, idque in poenam eius, qui* MORAM *admisit, in eo principium petitur.*

90) *L. 14. §. 11. D. Quod metus causa.*

qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset. Offenbar drücken diese letztern Worte die Bedingung aus, unter welcher der Beklagte, des natürlichen Untergangs der Sache ungeachtet, zu verurtheilen ist [91]). Doch die folgende Stelle wird dieses noch weiter beweisen.

2) *L.* 16. *D. h. t.* Utique autem, etiam mortuo homine, necessaria est sententia propter fructus, et partus, et stipulationem de evictione. *Non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet.* Paulus, aus dessen *libro* 21. *ad Edictum* diese Stelle genommen ist, redet auch hier blos vom malae fidei possessor. Es erhellet dieses nicht nur aus der genauen Verbindung dieser Stelle mit der unmittelbar vorhergehenden, sondern auch besonders daraus, weil Paulus erst in der Folge auf den bonae fidei possessor kommt, von diesem handelt *L.* 21. *D. eodem*, welche ebenfalls aus des Paulus *libro* 21. *ad Edictum* genommen ist. Anton Faber [92]) und Westphal [93]) haben daher Unrecht, wenn sie solche von einem b. f. possessor erklären. Zur Erläuterung dieser Stelle ist nun zu bemerken, daß das Wort *utique* soviel als omnimodo et indistincte, auf alle Fälle, unbedingt

91) Unter eben dieser Bedingung ist auch die *L.* 47. *§.* 6. *D. de legat. I.* zu verstehen, wo es heißt: Si fundus chasmate perierit, *Labeo* ait, utique aestimationem non deberi: quod ita verum, si non post moram factam id evenerit: *potuit enim legatarius acceptum eum vendere.* Auch hier ist es Ulpian, der die Meinung des Labeo berichtiget.

92) Rational. ad h. L. not. a.

93) System des R. R. §. 934.

dingt oder schlechterdings[94]) heiße, wie es auch **Anton Faber** ganz richtig erklärt. In dieser Bedeutung, welches merkwürdig ist, wird es hernach noch einmal gebraucht. Der Sinn dieser Stelle geht also dahin, wenn gleich auch selbst der malae fidei possessor nicht ohne Unterschied, oder nicht unbedingt für den Zufall haften darf, (dieß geht offenbar auf die in der unmittelbar vorhergehenden Stelle enthaltene Distinction) so ist dennoch auf jeden Fall, auch wenn die Sache durch einen natürlichen Zufall, für den der Beklagte nicht zu haften hätte, umkommt, eine richterliche Sentenz nöthig, nämlich wegen der Früchte, welche der malae fidei possessor vergüten muß, und welche nach der Litiscontestation ad officium iudicis gehören; ferner wegen der Evictionsleistung, welche von dem Auctor anders nicht gefordert werden kann, als wenn über das Eigenthum des Klägers erkannt, und durch das richterliche Urtheil nun ausser Zweifel gesetzt worden ist, daß dem Beklagten eine fremde Sache verkauft worden sey[95]). Daher sagt nun **Paulus** an einem andern Orte[96]): si servus, qui in rem actione petebatur, lite contestata decesserit, — expedit, de evictione actionis conservandae causa, item fructuum no-

94) In dieser Bedeutung kommt das Wort *Utique* auch bey den Klassikern häufig vor, wie aus Schellers lateinisch-deutschen Lexicon h. v. zu ersehen ist. Unrichtig ist es also, wenn BRISSON de Verb. Signif. v. *Utique* dieses Wort mit Accursius durch certe erklärt.

95) S. POTHIER Pandect. Justin. h. Tit. nr. XXXIV. not. e.

96) *L.* 11. *D. Iudicatum solvi.*

nomine, rem iudicari. Zum Beweis, daß der m. f. possessor nicht unbedingt den casum prästirt, fügt **Paulus** §. 1. der L. 16. cit. folgendes Beyspiel hinzu: Culpa non intelligitur, si navem petitam tempore navigationis trans mare misit, licet ea perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit. Denn da ein Schiff zur Schiffarth bestimmt, und daher beständigen Gefahren zur See ausgesetzt ist, so darf der Beklagte für keine Gefahr haften, wenn er es nur zu einer günstigen Jahreszeit absegeln ließ [97]). Denn das hätte der Kläger selbst gethan, wenn er das Schiff gehabt hätte. Im Gegentheil hätte der Beklagte dem Kläger das Frachtlohn (vectura)

97) *L.* 12. §. 1. *D. de Usufr.* Zur Erläuterung dessen, was in der L. 16. cit. vom tempore navigationis gesagt wird, dient folgende Stelle aus *Flav.* VEGETIUS de re militari Lib. V. c. 9. *Neque enim integro anno vis atque acerbitas maris patitur navigantes; sed quidam menses aptissimi, quidam dubii; reliqui classibus intractabiles lege naturae. Phaenitae decursu, id est, post ortum Pleiadum a die sexto Calendarum Iuniarum, usque ad Arcturi ortum, id est, in diem octavum decimum Calendarum Octobrium, ut secura navigatio creditur, quia aestatis beneficio ventorum acerbitas mitigatur: ita post hoc tempus usque in tertium Idus novembris incerta navigatio est, et discrimini propior: propterea, quia post Idus Septembris oritur Arcturus vehementissimum sidus. Et octavo Calendas Octobris aequinoctialis evenit acerba tempestas. — Ex die igitur tertio Iduum Novembris usque in diem sextum Iduum Martiarum maria clauduntur. — Post natalem vero (ut ita dicam) navigationis, qui solemni certamine, publicoque spectaculo multarum gentium celebratur, plurimorum siderum, ipsiusque temporis ratione, usque in Idus Maias periculose maria tentantur.*

(vectura) vergüten müssen, wenn er das Schiff müßig, und ohne es zu vermiethen, hätte vor Anker liegen lassen wollen. Nam etsi maxime *vectura*, sagt **Papinian**[98]), sicut usura, non natura pervenit, sed iure percipitur; tamen ideo *vectura* desiderari potest, *quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet*, cum pecunia periculo dantis foeneretur.

Es fragt sich nun noch, wenn die Sache bey dem malae fidei possessor schon vor entstandenem Prozeß zu Grunde gegangen wäre, aber durch einen Zufall, welcher die Sache bey dem Eigenthümer nicht betroffen haben würde, muß er auch in diesem Falle den casum prästiren? Die meisten Rechtsgelehrten[99]) beantworten diese Frage verneinend. Allein daraus würde nun offenbar folgen, daß der malae fidei possessor erst durch die gegen ihn erhobene Klage in malam fidem versetzt werde, welches doch unstreitig falsch ist. Mit Recht behaupten daher Andere[100]), der malae fidei possessor sey als ein solcher anzu-

 sehen,

98) *L.* 62. *pr. D. h. t.* POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXXV. not. c. Tom. I. pag. 220.

99) VOET in Commentar. h. t. §. 34. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digest. h. t. §. 41. WERNHER Observat. forens. Tom. I. Part. IV. Obs. 214. nr. 127. et anteced. GUNDLING in Diss. de rei vindicatione Cap. I. §. 27. RUMPFF Diss. de R. V. Sect. I. §. 19. pag. 73. MALBLANC Dig. P. II. §. 406. u. a. m.

100) NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 195. Westphal im System des R. R. über die Arten der Sachen §. 929. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. V. Tit. 3. Qu.

sehen, qui semper moram faciat, er müsse daher wegen der Unglücksfälle immer insofern haften, als die Sache bey dem Kläger nicht verunglückt seyn würde. Ist der malae fidei possessor ein Dieb oder Räuber, so geben alle zu, daß ein solcher in Anspruch genommen werden könne, wenn gleich die Sache schon vor erhobener Klage des Eigenthümers zu Grunde gegangen seyn sollte. Allein gerade hierin ist kein Unterschied zwischen einem Dieb und einem andern malae fidei possessor, wie **Paulus** uns überzeugt; wenn er sagt[1]): Si iuravero, te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura, nec aestimationem mihi praestare reus debet, nisi *ex causa furtiva*, vel *propter moram*, tunc enim etiam *post mortem servi aestimatio praestatur*. **Ludovicus Vitalis**[2]) wendet zwar ein, der Unterschied zwischen einem Diebe, und einem andern malae fidei possessor bestehe allerdings darin, daß jener aus seinem Delict verhaftet bleibe, wenn gleich die Sache vor erhobener Klage zu Grunde gegangen ist, weil gegen ihn auch eine persönliche Klage Statt hat[3]). Deswegen hafte er ohne Unterschied für den Zufall[4]). Allein gegen einen andern malae fidei pos-

Qu. 19. not. e. *Io. Aug.* REICHARDT Diss. de casu obligationem tollente. *Ienae* 1767. §. 6. u. *Io. Gottl. de* HACKEMAN Diss. de praestatione casus. *Frfti.* 1746. §. 18.

1) *L.* 30. §. 1. *D. de iureiur.*

2) Lection. variar. Lib I. cap. 18. nr. 11. et 12. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. II. pag. 643.)

3) *Pr. I. de obligat. quae ex delicto.* L. 25. D. *de obligat. et actionib.*

4) L. 9. C. *de furt.* L. *fin.* C. *de condict. ob turp. caus.* L. 2. C. *de condict. furt.* L. 8. *et fin.* D. *eodem.*

possessor habe nur die Reivindication Statt, quia nullo iure obligatus est. Die Realklage aber sey ihrer Natur nach durch den Untergang der Sache erloschen. Darauf antworte ich, daß auch letzterer ob dolum praeteritum verantwortlich bleibt, und wegen seiner mora in dem bemerkten Falle billig den casum prästiren muß. **Ulpian** bestätiget dieses [5]) selbst, wenn er sagt: JULIANUS *libro 6. Digestorum* scribit; si moram fecerit in homine reddendo possessor, et homo mortuus sit: et fructuum rationem usque ad rei iudicatae tempus spectandam esse. Man wende nicht ein, die mora werde erst durch die Litis contestatio bewirkt. Denn wenn das wäre, so müßte auch der b. f. possessor nach der L. C. für die Unglücksfälle haften, den doch **Paulus** [6]) ausdrücklich freyspricht. Daß aus der Litiscontestation an sich keine mora entstehe, mithin der Beklagte nie, als solcher, den casum ersetzen müsse, haben **Westphal** [7]) und **Schoeman** [8]) überzeugend dargethan.

II) Ist die in Anspruch genommene Sache veräussert, so ist ebenfalls zu unterscheiden, ob der Beklagte ein bonae oder malae fidei possessor ist. Jener haftet nicht weiter, wenn die Veräusserung vor der erhobenen Klage geschehen ist, ehe er scientiam rei alienae erhielt, gesetzt auch, daß er durch die Veräusserung reicher gewor-

 den

5) *L.* 17. §. 1. *D. h. t.*

6) *L.* 40. *pr. D. de heredit. petit.*

7) System des R. R. §. 924, S. 710.

8) Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 324. ff.

den wäre[9]). Denn hier ist von keiner universitas iuris die Rede, bey welcher pretium in locum rei tritt[10]). Hat er aber die Sache während des Prozesses veräussert, so haftet er wie ein malae fidei possessor. Bey dem letzten ist nun ein Unterschied zu machen, ob die Veräusserung nothwendig oder freywillig war. In dem erstern Falle darf der m. f. possessor nur den erhaltenen Werth ersetzen[11]). In dem letztern Falle hingegen kann der Kläger

9) S. *Christ. Wilh.* WEHRN Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni praestandi Cap. IV. §. 31. pag. 214. und Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 194. Not. 1. S. 148.

10) *L.* 20. §. 6. *L.* 22. *L.* 25. §. 1. *D. de hereditat. petit.* Man sehe den 6. Th. dieses Commentars §. 538.

11) *L.* 15. §. 1. *D. h. t.* Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio iudicis succurretur, ut pretium duntaxat debeat restituere. Nam et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur, aeque non amplius, quam pretium, praestabit. Daß hier das Interesse des Klägers nicht weiter in Anschlag kommt, wenn die Veräußerung nothwendig war, ist gewiß. Allein nicht so ausgemacht, von welchem Werth hier die Rede sey. Westphal in dem angef. System §. 930. meint, der Kläger habe die Wahl, ob er von dem m. f. possessor den Werth annehmen wolle, welchen dieser erhalten, oder ob er den wahren Werth verlangen wolle, wenn etwa jener zu gering wäre. Hingegen *Ant.* FABER in Rational. ad L. 15. §. 1. cit. not. a. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 196. init. behaupten, der Kläger müsse sich auf alle Fälle mit dem Werthe begnügen, welchen der Besitzer erhalten hat. Diese letztere Erklärung ist allerdings den Worten des Gesetzes gemäßer. Denn das *succurretur* deutet offenbar dahin, der Besitzer verdiene hier billige Nachsicht, daß er eine Sache veräußert hat, welche, ohne Veräußerung,

ger verlangen, daß der Beklagte ihm entweder die Sache selbst in Natur wieder herbeyschaffe, oder den wahren Werth, nebst dem übrigen Interesse, d. i. allen Nutzungen, welche von der Sache noch hätten gezogen werden können, wofern dieselbe nicht veräussert worden wäre, und zwar nach der eidlichen Angabe des Klägers, vergüte. Denn der Beklagte ist hier als ein solcher zu behandeln, qui dolo possidere desiit [12]). Hätte der Käufer die Sache vernichtet, an den sie während des Prozesses war veräussert worden, so hat der Kläger die Wahl, ob er von dem Beklagten den Werth verlangen, oder gegen den dritten Käufer die Klage des Aquilischen Gesetzes anstellen will [13]). Ist die Veräusserung von dem malae fidei possessor vor entstandenem Prozeß geschehen, so kann zwar derselbe immer noch mit der actione in rem utili in Anspruch genommen werden, wie schon an einem andern Orte (§. 585. S. 208.) bemerkt worden ist. Es hat indessen auch die

 actio

rung, auch selbst bey dem Eigenthümer verdorben oder umgekommen seyn würde. Das Wort *fortassis* ist übrigens, wie HUBER in Eunom. Rom. ad h. t. pag. 299. bemerkt, blos aus einer den Römischen Rechtsgelehrten besonders eigenen Bescheidenheit hinzugefügt, und will gleichsam soviel sagen, man wolle zwar dem Richter nicht vorgreifen, allein er könne in dem bemerkten Falle füglich erkennen, daß der Beklagte blos den erhaltenen Werth zu restituiren schuldig sey.

12) *L.* 20. §. 21. *D. de heredit. petit.* *L.* 68. *D. h. t.* WEHRN cit. loc. pag. 210.

13) *L.* 17. *D. h. t.* *Ant.* FABER Rational. ad h. L.

actio in factum de alienatione iudicii mutandi causa facta Statt [14]).

§. 589.

Zur causa gehören a) die Accessionen.

Da die causa omnis, mit welcher die Sache zu restituiren ist, vorzüglich auch die Accessionen und Früchte der Sache enthält, so ist nun noch von beyden umständlicher zu handeln. Was also 1) die Accessionen anbetrifft, so wird darunter alles begriffen, was sich zur vindicirten Sache als Nebentheil verhält, es cohärire mit der Hauptsache oder nicht, sey durch Kräfte der Natur hervorgebracht, oder durch menschliche Willkühr zur Hauptsache gekommen, oder durch beydes zugleich entstanden [15]). Der Begriff unsers Verfassers: ACCESSIONES sunt *augmenta, quibus ipsa rei substantia accipit incrementum, quod commode separari nequit*, erschöpft die Sache nicht; denn darauf, ob eine Trennung von der Hauptsache möglich sey, oder nicht, kommt es nicht immer an. Zur Acces-

14) Man sehe den 6. Theil dieses Commentars §. 474. S. 62. folgg. Jason hat daher offenbar Unrecht, wenn er ad §. 1. I. de action. nr. 78. behauptet, die actio in rem habe nur dann Statt, wenn die Veräußerung nach der Litiscontestation geschehen ist, gegen den also nur die actio in factum ex Edicto de alienatione iud. mut. c. facta, der die Sache vor entstandenem Prozeß veräußert hat. Man sehe vielmehr *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. I. cap. 17. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 640.)

15) Man vergleiche hier vorzüglich HOFACKER Principia iuris civ. Tom. II. §. 727. seqq.

Accession rechnen die Gesetze den partus ancillae, et partuum fructus [16]), ferner die Erbschaften und Vermächtnisse, die dem vindicirten Sklaven bey dem Besitzer zugefallen sind [17]); desgleichen die Vermehrungen der Sache durch Alluvion [18]), durch Bauen [19]), durch Säen und

16) *L.* 17. §. 1. *D. h. t.*

17) *L.* 20. *D. eod.*

18) *L.* 34. *D. h. t.*

19) *L.* 2. *C. h. t.* Si inferiorem partem aedificii, quae solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus tuus imposuit, accessisse dominio tuo, non ambigitur. Sed et id, quod in solo tuo inaedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet. Si vero fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit: sive bona fide, sive mala fide aedificium exstructum sit: si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint. — *L.* 59. *D. h. t.* Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit: eadem post annum dominus aedificiorum demsit. Quaero, is, qui imposuerat, possetne ea vindicare? Respondit, posse: Nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea, quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse: simulatque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti. Wird ein Schiff vindicirt, so kommt es darauf an, wem der Kiel gehört. Nam proprietas totius navis carinae causam sequitur, sagt *L.* 61. *D. h. t.* Gehört also der Kiel, oder der Grund und Boden des Schiffes dem Kläger, und der Beklagte hat ein neu Schiff darauf gebauet, so fällt durch Adjunction das ganze Schiff dem Kläger zu. Man s. *Barth.* CHESII Interpretat. iuris Lib. I. cap. 31. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. cit. 61. h. t. pag. 309 seqq. und *Ian. a* COSTA Praelectiones ad illustriores quosd. titulos locaq. sel. iuris civ. pag. 65. sq.

Pflanzen[20]). Dieß alles muß dem Eigenthümer bey der Restitution der Sache überlassen werden. In wiefern dem Beklagten die deshalb verwandten Unkosten zu vergüten sind, wird in der Folge (§. 592.) gezeigt werden. Bewegliche Gebäude werden nie Accession eines liegenden Grundstücks[21]); wohl aber werden die noch stehenden oder hangenden Früchte als ein Theil desselben angesehen[22]). Eine Art der Accessionen sind die **Pertinenzien**, worunter man solche Sachen versteht, die um einer gewissen Hauptsache willen vorhanden sind, und zum beständigen Gebrauch derselben dienen, so daß sie in rechtlicher Hinsicht als ein Theil von ihr betrachtet werden müssen[23]).

Solche

20) *L.* 11. *Cod. h. t.* Si quis ſciens alienum agrum ſevit, ut plantas impoſuit, poſtquam hae radicibus terram fuerint amplexae, ſolo cedere rationis eſt. Dominus enim magis ſegetem vel plantas, quam per huiusmodi factum, ſolum ſuum facit. Sane eum, qui bona fide poſſidens, hoc fecerit, per doli mali exceptionem contra vindicantem dominium ſervare ſumtus, iuris auctoritate ſignificatum eſt. — *L.* 53. *D. eod.* Si fundi poſſeſſor eum excoluiſſet, ſeviſſetque, et poſtea fundus evincatur; conſita non poteſt tollere.

21) *L.* 60. *D. de acquir. rer. dom.* Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seji praedio poſuit. Quaeritur, uter horrei dominus ſit? Reſpondit, ſecundum quae proponerentur, non eſſe factum Seji.

22) *L.* 44. *D. h. t.*

23) S. *Val. Io.* BESELIN Diſſ. Theoriam generalem ſiſtens de pertinentiis. *Goettingae* 1782. HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 728. *Chriſt. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviſſimi Tom. I. §. 180. ſeqq. und **Christph. Chr. Dabelow** Handbuch des heutigen gemeinen Röm. Deutschen Privatrechts 1. Th. §. 77. ff.

Solche Pertinenzien oder Zubehörungen können eben sowohl unkörperliche, als körperliche, bewegliche, oder unbewegliche Sachen seyn. Es gehören also dahin

1) alle zu einem Prädium gehörige Gerechtigkeiten, z. B. die ihm zustehenden Servituten.

2) Alle Sachen, welche zwar nicht an sich, aber doch im juristischen Sinn als unbewegliche zu betrachten sind, im Verhältniß zu den wirklich unbeweglichen, sie mögen daran befestiget seyn, oder nicht[24].

3) Wirklich unbewegliche Sachen, als Mühlen, die zum Gebrauch eines Landgutes erbauet sind[25]; und selbst Grundstücke, welche bey einem andern, als der Hauptsache, sich dergestalt befinden, daß sie mit demselben zugleich bewirthschaftet werden, und nach der Bestimmung des Eigenthümers, beständig, als ein Theil, bey dem Hauptgute bleiben sollen[26]. Die Hauptsache braucht jedoch nicht immer eine unbewegliche zu seyn, auch eine bewegliche Sache

24) *L.* 17. §. 2. 7. 10. *et* 11. *L.* 18. *princ. et* §. 1. *L.* 28. §. 3. *D. de act. emti vend. L.* 26. *pr. D. de instr. et instrum. legato.*

25) *L.* 21. *D. de instructo et instrum. legato.*

26) *L.* 20. §. 7. *D. de instr. et instrum. leg.* Tyrannae sorori meae fundum meum Graevianum cum stabulo et instrumento rustico omni relinquo. Quaeritur, an fundi appellatione etiam pascua, quae ad eum simul cum fundo pervenerint, et *quae semper in usibus huius possessionis habuerat,* legato cederent? Respondit, *si prata fundo Graeciano ita iunxisset, uti sub una fundi appellatione haberentur,* ea quoque deberi. Anderer Meinung ist jedoch THIBAUT im System des P. R. 1. B. §. 265.

che kann Pertinenzen haben[27]), z. B. die Ausrüstung (armamenta) und das Boot bey einem Schiffe[28]), das Pekulium bey einem Sklaven[29]). Schon an einem andern Orte[30]) habe ich von den Pertinenzen ausführlicher gehandelt.

§. 590.

b) Früchte. Begriff und Eintheilungen derselben.

Zur omnis causa gehören b) auch die Früchte und übrigen Nutzungen der Sache, soweit sie nämlich dem Kläger wirklich gehört hätten, und der Beklagte nicht etwa das Eigenthum daran unwiderruflich erworben hat. Wenn also der Kläger zu Anfange des Prozesses nur nudae proprietatis dominus war, und nachher während dem Lauf desselben, weil die Rechte des Usufructuars zu Ende

27) S. Günther in Princip. citat. §. 180.

28) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Diesem ist *L.* 29. *D. de instr. et instrum. leg.* nicht entgegen. Denn da wird nur gesagt, das Boot gehöre nicht zu der Geräthschaft eines Schiffes. Scapha navis, heißt es daselbst, non est instrumentum navis. Davon wird es auch *L.* 44. *D. de evictiòn.* unterschieden. Deswegen muß es bey der Vindication des Schiffes besonders genannt werden.

29) *L.* 1. *et* 2. *D. de peculio legato.* Servo legato cum peculio et alienato, vel manumisso vel mortuo: legatum etiam peculii extinguitur. Nam quae *accessionum* locum obtinent, extinguuntur, cum *principales res* peremtae fuerint.

30) Siehe den 2. Theil dieses Commentars §. 173. S. 523. folgg.

Ende giengen, sebst den Nießbrauch erlangt hat, so kann der Kläger nur diejenigen Früchte fordern, welche er seit dem an ihn zurückgefallenen Nießbrauch zu ziehen befugt gewesen wäre [31]. Wenn hingegen dem Kläger, als dem wahren Eigenthümer, der Nießbrauch gleich anfangs zugehörte, und er starb während des Prozesses, er hatte aber einem Dritten den usufructus des vindicirten Grundstücks legirt, so können die Erben des Klägers die Früchte von der Zeit an nicht mehr fordern, da durch den Tod des Erblassers und die erfolgte Antretung der Erbschaft das Recht des Legatars seinen Anfang nahm [32]. Auf jeden Fall aber kann der Kläger die Früchte erst von der Zeit an verlangen, da der Beklagte den Besitz der Sache erhielt. Wenn daher der Beklagte die Sache anfangs nicht besaß, sich aber doch in gutem Glauben, als wenn er die Sache schon besäße, auf die Klage einließ, hernach auch

31) *L.* 33. *in fin. D. h. t.* Si nudae proprietatis dominus petierit, et inter moras (sc. litis) usufructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem usufructus reversus est, ratio fructuum habetur. — *L.* 19. *pr. D. de Usuris.* Quid si nuda proprietas petita sit? Ex quo perdiderit fructuarius usumfructum, aestimabuntur in petitione fructus.

32) *L.* 35. *pr. D. h. t.* Et ex diverso, si petitor lite contestata usumfructum legaverit, ex eo tempore, ex quo discessit a proprietate, fructuum rationem non habendam, quidam recte putant. Der Usufructuar müßte also eine besondere Klage anstellen. Um dieser überhoben zu seyn, befolge er den Rath, den ihm Westphal in dem angef. System §. 940. S. 730. giebt, nämlich sich einer Intervention zu bedienen. Denn nun muß in der Sentenz auch über sein Recht mit entschieden werden.

auch wirklich den Besitz noch vor der Sentenz erhielt, so ist er nur von der Zeit des erlangten Besitzes an die Früchte zu vergüten schuldig [33]). Die Sache braucht auch nicht gerade eine solche zu seyn, welche natürliche Früchte hervorbringt, denn auch von jeder andern Sache, aus deren Gebrauche der Kläger einen Vortheil hätte ziehen können, kann der entzogene Gewinn gefordert werden [34]), z. B. wenn der Kläger die Sache hätte vermiethen, oder durch Verpfändung der Sache Geld, dessen er zur Unternehmung eines vortheilhaften Geschäfts benöthiget war, hätte erhalten können [35]), so muß ihm dieser entzogene Vortheil vergütet werden. Es ist daher, um die Materie von der Restitution der Früchte bey der Reivindication desto gründlicher zu erörtern, vor allen Dingen nöthig, einige allgemeine Begriffe und Eintheilungen vorauszuschicken [36]).

Das

33) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.* Item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem iudicatur, possidet; probanda est PROCULI sententia, ut omnimodo condemnetur. *Ergo et fructuum nomine, ex quo coepit possidere, damnabitur.*

34) *L.* 19. *pr. D. de Usuris et fruct.* Videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnatur possessor. Quid enim, si argentum, aut vestimentum, aliamve similem rem petierit? — *Gallus Aelius* putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quod, locata ea re, mercedis nomine capi potuerit. — *L.* 64. *D. de rei vind.* Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae usui, non fructui sunt, restitui fructus certum est.

35) *L.* 49. *D. de Usuris.* Fructus rei est, vel pignori dare licere.

36) *Tr.* GALLUS dr fructibus. *Genevae* 1721. f. *Gust. Ant. de* WOLFFRADT Diss. sistens Theoriam generalem de acquisitione

Das Wort fructus, was wir im Deutschen Frucht nennen, bezeichnet in dem römischen Rechte eigentlich und ursprünglich alles dasjenige, was eine Sache zum Nutzen der Menschen hervorbringt, und aus ihr durch die Kräfte derselben erzeugt ist, soweit es auch nach rechtlicher Bestimmung dafür anerkannt wird[37]. Das Wort *fructus* zeigt also, wie **Julian**[38]) bemerkt, kein Recht, sondern eine Sache, ein corpus, an, zuweilen wird aber doch auch unter *fructus* das Recht, die Früchte einer Sache zu genießen, verstanden[39]).

Jeder andere Gebrauch, den man von einer Sache machen kann, insofern derselbe von dem Fruchtgenuß unterschieden ist, wird in dem röm. Rechte Usus genannt. Z. B. das Bewohnen eines Hauses, der Gebrauch eines Thieres zum Düngen, Ziehen, Pflügen, Lasttragen, oder eine Maschine, z. B. eine Mühle zu treiben (asinus machi-

sitione fructuum, praes. *Ge. Lud.* BOEHMERO def. *Goettingae* 1783. 4.

37) *L.* 77. *D. de Verbor. Sign.* Frugem pro reditu appellari, non solum quod frumentis aut leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. *L.* 121. *D. eod.* Usura pecuniae, quam percipimus, *in fructu non est*, quia non *ex ipso corpore*, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. S. *Barn* BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. *Fructus* und *Ger.* NOODT Comment. h. t. pag. 196. §. *Sed. ut in plena luce.*

38) *L.* 43. *D. de evictionib.*

39) *L.* 33. *pr. et* §. 1. *L.* 57. §. 1. *D. de Usufr. L.* 14. §. 1. *D. de usu et habitat. L.* 5. §. 1. *et* 2. *D. Usufr. quemadm. caveat.*

chinarius). Hingegen die Wolle, die Milch und die Jungen gehören zum fructus [40]).

Was nicht aus einer Sache erzeugt ist, wie der Schatz, den man in einem Grundstück findet, oder was zwar aus einer Sache erzeugt ist, aber nach rechtlicher Bestimmung nicht als ein fructus anerkannt ist, wie z. B. ein Sklavenkind, gehört nicht unter die Rubrik der Früchte [41]). Eben so kann auch dasjenige, was man für den, einem Andern gestatteten Genuß einer Sache, oder dafür, daß man durch denselben des Genusses einer Sache beraubt ist, erhält, eigentlich keine Frucht genennt werden [42]). Daher sagen die Gesetze von Geldzinsen, Mieth- und Pachtgeldern u. d. loco sunt fructuum [43]), oder vicem fructuum obti-

40) §. 4. *I. de Usu.* Sed et si pecorum vel ovium *usus* legatus sit: neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius: quia ea *in fructu* sunt. Plane *ad stercorandum agrum suum* pecoribus uti potest. — *L.* 12. §. 3. *D. eod.* Sed si boum armenti *usus* relinquatur, omnem usum habebit et ad *arandum*, et ad *caetera, ad quae boves apti sunt.* Eines asini machinarii geschieht *L.* 60. § 3. *D. de legat. III.* Erwähnung. S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Band 3. Abh. S. 47. ff.

41) *L.* 7. §. 12. *D. Soluto matrim. L* 28. §. 1. *D. de Usuris et fruct.* GALVANUS de Usufructu cap. XXIX. nr. IV.

42) *L.* 121. *D. de Verb. Sign.* S. THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 269.

43) *L.* 29. *D. de hered. petit.* Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones. Item vecturae navium et iumentorum.

obtinent [44]). Doch werden solche Vortheile juristisch den Früchten gleichgestellt [45]), quum, licet natura non perveniant, iure tamen percipiantur, wie Papinian [46]) sagt. Daher werden sie auch in den Gesetzen unter den Früchten mit begriffen, und auch ausdrücklich fructus genennt [47]). In dieser Hinsicht nennt man denn also fructus im weitern Sinn alle Emolumente, welche entweder aus der Sache selbst entstehen, oder durch den Gebrauch derselben und bey Gelegenheit dieses Gebrauches erhalten werden können [48]). Diese werden nun verschiedentlich eingetheilt. Sie sind nämlich

1) entweder ordentliche (ordinarii) oder ausserordentliche (extraordinarii), je nachdem sie entweder das gewöhnliche Product der Sache sind, um dessen willen man eine Sache von der Art anzuschaffen pflegt, oder nicht. So z. E. gehört das Getreide zu den ordentlichen Früchten eines Ackers, hingegen Steine, Thon, Metalle, die man darin graben kann, zu den ausserordentlichen [49]). Ferner

2) ent-

44) *L. 34. D. de usuris.* Usurae vicem fructuum obtinent: et merito non debent a fructibus separari. *L. 83. pr. D. de legat. III.*

45) *L. 36. D. de usur. L. 39. §. 1. D. de legat. I.*

46) *L. 62. pr. D. de rei vindicat.*

47) *L. 38. §. 13. D. de usur. L. 88. §. 3. D. ad Leg. Falcid. L. 8. §. 2. D. de reb. auct. iud. possid.*

48) *L. 59. §. 1. D. de usufr.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 734.

49) *L. 9. D. de usufr.* So gehörte auch bey dem Usufructu servi alles, was der Sklave dem Usufructuar durch seine Dienste erwarb, ad fructus ordinarios servi. Nam fructus homi-

2) entweder natürliche (naturales) oder bürgerliche Früchte (civiles), je nachdem ihr Entstehungsgrund entweder physisch oder moralisch ist, d. i. in den Naturkräften der Sache, oder in positiven Bestimmungen der bürgerlichen Gesetze liegt. Zu den sogenannten bürgerlichen Früchten gehören besonders Pacht- und Miethgelder [50]) auch Zinsen [51]). Ferner die Vortheile, die man durch Verpfändung einer Sache erhalten kann [52]), auch der Nutzen, den ein Römer aus dem Dienst eines Sklaven ziehen konnte [53]). Bestehen sie überdem in bestimmten jährlichen Einkünften, welche man vermöge eines auf der Sache haftenden nützlichen Rechts beziehen kann, so werden sie bürgerliche Früchte in der engern Bedeutung (fructus civiles in specie) genennt [54]). Die natürlichen Früchte sind wieder von zweyerley Art. Sie kommen entweder durch sich selbst hervor, ohne daß

hominis in operis consistit, sagt Cajus *L. 4. D. de operis servorum.* Wenn hingegen der Sklave ausser seinem Dienst Etwas um des Usufructuars willen erwarb, z. E. es wurde ihm von einem Dritten etwas in Rücksicht des Usufructuars geschenkt, so gehörte dieses ad fructus servi extraordinarios. *L. 21. et L. 22. D. de usufr.* S. NOODT de Usufructu Lib. I. cap. 16.

50) *L. 29. D. de heredit. petit. L. 62. pr. D. h. t. L. 5. C. eodem.*

51) *L. 34. D. de usur. L. 121. D. de Verb. signif.*

52) *L. 72. D. de Reg. iuris.*

53) *L. 4. D. de operis servor.*

54) S. Dabelow Handbuch des heutigen röm. deutschen Privatrechts 1. Th. §. 73.

daß es zu ihrer Erzeugung eines menschlichen Kunstfleißes bedarf, oder nicht, sondern es muß ein menschlicher Kunstfleiß dazu wirken, wenn sie entstehen sollen. In jenem Falle heißen sie blos natürliche (fructus mere naturales), in diesem aber künstliche Früchte (industriales)[55]. Zu den Früchten der erstern Art rechnen die Gesetze bey den zur Land- oder Hauswirthschaft gehörigen Thieren die Jungen, die Milch, und bey den Schaafen besonders die Wolle[56]. Bey den leblosen Sachen, die Steine, Thon, Metalle[57], Gras, wildes Obst u. dgl. Zu den Industrialfrüchten hingegen das Getraide, die Gartenfrüchte u. dgl.

55) *L. 45. D. de usur. L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom.* Die oben gebrauchten Ausdrücke kommen zwar in den Gesetzen nicht vor. Allein deswegen läßt sich doch diese Eintheilung mit CORASIUS in Miscellan. iuris civ. Lib. V. cap. 9. nicht verwerfen. Zwar erfordern auch die blos natürlichen Früchte Mühe und Fleiß, wenn man sie einsammlet; und diese cura haben sie mit den Industrialfrüchten gemein. Allein letztere unterscheiden sich von den erstern darin, daß sie zu ihrer Production eines menschlichen Kunstfleißes bedürfen. So lassen sich die Zweifel heben, die in Ansehung einiger Fruchtarten entstanden sind, ob sie zu den blos natürlichen oder künstlichen Früchten gehören. S. VINNIUS in Comm. ad §. 35. I. de rer. divis. nr. 7. Uebrigens kommt es freylich hierbey auch vorzüglich auf Gegend und Klima an. Man vergleiche noch WOLFFRADT Diss. cit. §. 4.

56) *L. 28. pr. D. de usur. L. 43. D. de evict. L. 48. §. 6. D. de furtis.*

57) *L. 48. §. 1. D. de usufr. L. 7. §. 13. et 14. D. Soluto matrim.*

3) In Absicht auf ihre Erwerbung sind die Früchte entweder noch hängende, so lange sie von der Hauptsache, die sie erzeugt hat, noch nicht getrennt sind, diese werden in den Gesetzen fructus *pendentes* [58]) oder *stantes* [59]) genennt, und machen einen Theil der Hauptsache aus [60]); oder getrennte (*separati*), welche von der Hauptsache, die sie erzeugt hat, abgesondert sind [61]). Sind diese schon durch irgend ein Factum in die Gewalt dessen gekommen, welcher sie erwerben soll, so werden sie eingesammelte Früchte (fructus *percepti*), ausserdem aber blos abgesonderte (*separati tantum*) genennt [62]). Doch wird bey solchen

58) *L. 61. §. 8. D. de furt. L. 27. D. de usufr.*

59) *L. 26. §. ult. D. de furtis. L. 7. §. 15. D. Soluto matrim. L. 27. D. de usufr.*

60) *L. 44. D. h. t. L. 61. §. 8. D. de furtis.*

61) *L. 78. D. h. t.* sagt: Si coepti ita percipi, ut terra se continere fructus desierint.

62) In den Gesetzen werden fructus separati und percepti auf die angegebene Art ausdrücklich unterschieden, und dieser Unterschied ist bey der Frage von Erwerbung der Früchte von der größten Wichtigkeit. Denn der bonae fidei possessor erwirbt das Eigenthum an den Früchten durch die bloße Separation, wenn sie auch von einem Dritten, ohne sein Wissen und Willen geschehen wäre, bey einem Usufructuar und Pachter hingegen wird das factum perceptionis zur Erwerbung erfordert. Ist hier die Separation von einem Dritten wider ihren Willen geschehen, so ist das Eigenthum daran nicht erworben. Folgende Gesetzstellen bestätigen diesen Unterschied. *L. 13. in fin D. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* IULIANUS ait, fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit: bonae fidei autem possessoris mox, quam a solo separati sint. *L. 12. §. 5. D. de usufr.* IULIA-

solchen Früchten, welche, wie z. B. junge Thiere, nicht durch Menschen Hände getrennt zu werden pflegen, das bloße Getrenntseyn dem Einsammeln gleichgesetzt [63]). Eigentlich päßt diese Eintheilung nur auf die natürlichen Früchte; doch pflegen gewissermassen auch die fructus civiles in pendentes und perceptos eingetheilt zu werden. Sind es nämlich solche Emolumente, welche man vermöge eines auf der Sache haftenden nützlichen Rechts jährlich zu beziehen hat, so sind sie pendent, wenn die Verfall-

 zeit

IULIANUS libro 35. Digestorum tractat: Si fur decerpserit, vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi, an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, *nisi ab eo percipiantur*, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere. *L. 25. §. 1. D. de usur.* Cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, *antequam ab eo percipiantur*; ad bonae fidei autem possessorem pertineant, *quoquo modo a solo separati fuerint.* — *L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom.* Bonae fidei emtor, — quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Denique etiam, priusquam percipiat, *statim ubi a solo separati sunt*, bonae fidei emtoris fiunt. S. *Pet.* PERRENONII Animadversion. et var. Lection. iur. civ. Lib. I. cap. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 598. seq.) GALVANUS de Usufructu Cap. 28. §. 2. pag. 328. sqq. und *Chr.* GMELIN Diss. de fructuum perceptione, modis acquirendi dom. vindicata. *Tubingae* 1800. §. 4. sqq.

63) *§. 37. I. de rer. divis. L. 28. pr. D. de usur. L. 48. §. 6. D de furt.* GALVANUS de Usufructu cap. 28. §. 10. pag. 336. *de* COCCEJI iur. civ. contr. Lib. VII. Tit. 1. Qu. 9. THIBAUT System 1. B. §. 268.

zeit oder die Zeit ihrer Erhebung noch nicht eingetreten ist [64]). Sind es aber solche, die man für den einem Andern gestatteten Gebrauch der Sache erhält, so hat man es als Regel angenommen, daß, wenn Jemand gegen Entrichtung bürgerlicher Früchte natürliche genießt, jene in Rücksicht dessen, welcher sie empfangen soll, als percipirt anzusehen sind, sobald der Inhaber der Sache die natürlichen wirklich percipirt hat [65]). Endlich

4) in Absicht auf ihre **Existenz** sind die Früchte entweder **wirklich gezogene** (percepti) oder **vernachlässigte** (percipiendi). Letztere kommen hier in zweyfacher Rücksicht vor. a) In sofern der Eigenthümer solche hätte ziehen können, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden, ohne Rücksicht, ob ein solcher Genuß auch dem Besitzer thunlich war, oder nicht. Für diese haftet der malae fidei possessor immer, aber doch nur dieser allein [66]). b) In sofern der Besitzer die Früchte, die er bey angewandtem Fleiß eines guten Wirths hätte ziehen können, durch eigne Schuld versäumt hat. Für diese haftet auch der bonae fidei possessor, jedoch erst von der

64) *L. 58. §. 2. 5. et 6. D. ad SCtum Trebell.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. Tom. I. §. 184.

65) *L. 26. L. 58. pr. D. de Usufr.* VOET Commentar. ad Pand. Lib. VII. Tit. 1. §. 30. et Lib. XVIII. Tit. 7. §. 9. und THIBAUT Syst. 1. B. §. 269.

66) *L. 33. L. 62. §. 1. D. h. t.* Hierher gehört auch die energische Stelle der *L. 78. D. de div. reg. iuris:* Generaliter, cum de fraude disputatur, non quid habeat actor, *sed quid per adversarium habere non potuerit*, considerandum est.

der Zeit an, da der Prozeß entstand [67]). Uebrigens können die fructus percipiendi sowohl naturales als civiles seyn, z. B. Miethzinsen, welche der Eigenthümer hätte ziehen können, wenn die Sache eine solche ist, welche pflegt vermiethet zu werden, z. E. ein Haus, oder ein Schiff [68]). Die wirklich gezogenen Früche (percepti) befinden sich entweder noch in dem Besitz des Einsammlers, oder nicht. Jene heißen vorhandene (extantes) [69]). Von den letztern hingegen, die bey dem nicht mehr vorhanden sind, welcher sie percipirt hat, nehmen die Gesetze zwey Gattungen an, fructus *deperditi* [70]), welche durch einen Zufall verlohren gegangen sind, und *consumti* [71]), welche verbraucht sind, und diese sind entweder aufgezehrt (*naturaliter consumti*) [72]), oder veräußert (*civiliter consumti*). Letztere können immerhin noch bey

67) *§. 2. I. de officio iudic.* Man sehe hier vorzüglich Weber zu Höpfners Commentar §. 333. Not. (*) S. 344.

68) *L. 62. pr. D. h. t. L. 5. Cod. eodem.*

69) *L. 22. §. 2. D. de pign. act. L. 22. C. h. t. L. 3. C. de condict. ex Lege.* Einige Rechtsgelehrten, als GOTHOFREDUS ad L. 22. C. de rei vindic. und *Ge. Sam.* MADIHN in Institut. iuris civ. §. 151. wollen unter den fructibus extantibus in der L. 22. C. cit. blos die pendentes verstehen; allein dies streitet gegen allen juristischen Sprachgebrauch.

70) *L. 20. §. ult. L. 21. D. de heredit. petit. L. 2. §. 5. D. de heredit. vel act. vend.*

71) *L. 9. §. 1. D. ad exhib. L. 22. §. 2. D. de pign. act. L. 4. §. 2. D. fin. reg. §. 35. I. de rer. divis.*

72) Die Gesetze bezeichnen diese natürliche Consumtion der Früchte durch die Redensart abuti fructibus. *L. 29. C. de iure dot.*

dem in Natur existiren, an welchen sie veräußert sind, deswegen heißen sie doch im rechtlichen Sinn consumirt, weil die Früchte nur mit der Hauptsache von dem Besitzer derselben gefordert werden können, gegen den dritten Besitzer hingegen, an welchen sie veräußert worden sind, keine besondere Vindication Statt findet [73]).

§. 591.

In wiefern sind dem Vindicanten die Früchte zu restituiren? Unterschied zwischen einem malae und bonae fidei possessor.

Es kommt nun noch auf die Hauptfrage an, nämlich in wiefern die Früchte der Sache dem Eigenthümer zu restituiren sind [74])? Hier ist

I. so viel ausser allem Zweifel, daß diejenigen Früchte, welche zur Zeit der Restitution noch mit der Hauptsache zusammenhängen, ohne Unterschied, der Besitzer mag ein b. oder m. f. possessor seyn, dem Eigenthümer mit der Sache selbst überlassen werden müssen. Denn diese sind, wie Cajus [75]) sagt, als ein pars fundi zu betrachten.

II. In

73) S. GALVANUS de Usufructu cap. XXVIII. §. 2. pag. 330. in fin. et sq.

74) *Io. Henr.* BERGER Disp. de fructibus ac impensis, quod ad bonae malaeque fidei possessorem. *Wittenbergae* 1695. (in EIUS *Dissertat. iuris select.* Lipsiae 1707. iunctim editis pag. 897.) und *Io. God.* BAUER Diss. de aestimandis et restituendis fructibus. *Lipsiae* 1753.

75) *L.* 44. *D. h. t.*

II. In Ansehung der abgesonderten und percipirten Früchte hingegen ist ein großer Unterschied zwischen einem malae und bonae fidei possessor.

A. Der malae fidei possessor, der gleich vom Anfange an die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes kannte [76], er habe nun auch einen Titel für sich, oder nicht, wie der Dieb und Räuber, kann sich gar keine Früchte zueignen, auch nicht die, welche er auf dem fremden Grundstück selbst mit Fleiß und Mühe gezogen und gebauet hat. Denn er war dazu nicht berechtiget [77]. Er muß daher alle und jede Früchte der Sache vom Anfange seines Besitzes an, bis zur Zeit der rei iudicatae dem Eigenthümer restituiren. Auch wenn die Sache nicht mehr existirt, so muß er dennoch dem Eigenthümer die Nutzungen vergüten, welche seit dem Verlust der Sache von ihm bis zur Sentenz hätten gezogen werden können. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

1) *L.* 22. *C. h. t.* Certum est, malae fidei possessores *omnes fructus* solere cum ipsa re praestare.

2) *L.* 17. §. 1. *D. eodem.* Idem IULIANUS eodem libro scribit: si moram fecerit in homine reddendo possessor, et homo mortuus sit, *et fructuum rationem usque ad rei iudicatae tempus spectandam esse.*

3) *L.* 33.

76) Justinian sagt §. 35. *I. de rer. div.* Qui alienum fundum *sciens* possidet. *L.* 38. *D. de usurpat.* Qui intelligit alienum se possidere, *mala fide possidet.*

77) *Io. Frid.* HAUSCHILD Diss. de fructibus a malae fidei possessore restituendis eorumque usuris. *Erlangae* 1764.

3) *L.* 33. *D. eodem.* Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt, aestimandi sunt, et ideo si dolo [78]) aut culpa possessoris res petita perierit, veriorem putat POMPONIUS TREBATII opinionem, putantis, eousque fructuum rationem habendam, quousque haberetur, si non periisset: id est, *ad rei iudicandae tempus.* Quod et IULIANO placet.

4) *L.* 5. *C. h. t.* Domum, quam ex matris successione ad te pertinere, et ab adversa parte iniuria occupatam esse ostendis, Praeses provinciae *cum pensionibus, quas percepit, aut percipere poterat*, et omni causa damni dati restitui iubebit.

Bey dem unredlichen Besitzer ist also kein Unterschied, die Früchte mögen noch vorhanden seyn, oder nicht, sie mögen consumirt, oder verlohren gegangen seyn, wenn er gleich durch die Consumtion nicht bereichert worden wäre. Denn die widerrechtliche Consumtion ist unstreitig als ein damnum iniuria datum anzusehen [79]). Justinian [80]) sagt ausdrücklich: Ei vero, qui alienum fun-

78) CUJACIUS Lib. IX. Observation. cap. 34. glaubt, daß si *sine* dolo aut culpa gelesen werden müsse, weil sonst keine Streitfrage darüber hätte entstehen können. Allein *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 6. hat diese Meinung widerlegt. Daß beyde Stellen, die *L.* 17. und *L.* 33. *citt.* vom malae fidei possessore zu verstehen, und die Cujacianische Emendation zu verwerfen sey, hat auch *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtilium Enodation. Lib. I. cap. 25. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 526.) gezeigt.

79) S. *de* WOLFFRADT Diss. cit. §. 51.

80) *§.* 35. *I. de rer. divis.*

fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo, etiam fructus, *licet consumti sint*, cogitur restituere. Vor **Justinian** mußte der Besitzer die Früchte doppelt vergüten. Schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln hieß es: Si vindiciam falsam tulit, fructus duplione damnum deciditor[81]); und diese Strafe bestätigten die Kaiser **Valentinian** und **Valens**[82]), deren Verordnung im Theodosianischen Codex folgendermassen lautet: Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur; nec tantum simplorum fructuum praestationem, aut ipsorum, quos ipse percepit, agnoscat: sed *duplos fructus*, et eos, quos percipi oportuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur: ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo, quo

81) S. FESTUS sub v. *Vindiciae*. Ueber die Erklärung dieser Worte selbst sind zu vergleichen SCHILTER Exercit. ad Pand. XVI. §. 9. ROSINUS Antiquitat. Rom. Lib. VIII. P. III. nr. 30. pag. 799. RAEVARDUS ad LL. XII. Tab. Cap. 6. und besonders *Ge. Guil.* IOECHER Diss. de ritu vindiciarum apud Rom. §. 15. Auf dieses Gesetz der zwölf Tafeln bezieht sich, was Cajus zur Erläuterung desselben *L. 19. D. de usuris* sagt. Desgleichen, wenn es *L. 9. §. 6. D. ad exhib.* heißt: *ut fructus* SECUNDUM LEGEM *aestimentur.* Diese doppelten Früchte sind es auch, welche *L. 12. §. 1. D. de distract. pignor.* und *L. 6. §. ult. D. Mandati* fructus maiores genennt werden.

82) *L. 1. Cod. Theod. de fructib. et litis expens.* (Lib. IV. Tit. 18.)

quo re in iudicium deducta scientiam malae fidei possessionis accepit. Allein dem Kaiser Justinian gefiel diese Strenge nicht, daher erscheint die Verordnung in dem Justinianeischen Codex [83]) in folgender ganz veränderten Gestalt. Litigator victus, so heißt es daselbst, qui post conventionem rei incumbit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum fructuum praestationem eorum, quos ipse percepit, agnoscat: sed etiam eos, quos percipere potuisset, non, quos eum redegisse constat, exolvat, ex eo tempore, ex quo, re in iudicium deducta, scientiam malae fidei possessionis accepit Heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est. Es fragt sich, ob nicht auch Zinsen aus den verkauften Früchten gefordert werden können? Einige [84]) behaupten dieses wirklich. Allein das Gegentheil ist in den Gesetzen ganz klar verordnet. Papinian [85]) sagt ausdrücklich: Neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, *usuras* praestari oportere: neque eorum, qui prius percepti, quasi malae fidei possessori condicuntur. Diese Meinung hat auch den Beyfall der meisten Rechtsgelehrten [86]) für sich.

B. Ist

83) *L. 2. Cod. de fructib. et litium expens.*

84) BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. II. Th. 34. Not. 8. in fin. pag. 314. edit. *Haubold.* und HAUSCHILD cit. Disputat. §. 10—14.

85) *L. 15. D. de usuris et fruct.*

86) S. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 12. *de* COCCEJI iure civ. controv. h. t. Qu. 12. in fin. WOLFFRADT cit. Diss. §. 51. in fin. Heinr. Ernst Ferd. Boley Betrachtungen

B. Ist hingegen der Beklagte ein bonae fidei possessor, welchem die Unrechtmäßigkeit des Besitzgrundes unbekannt war, er habe nun die Sache durch einen lucrativen oder onerösen Titel an sich gebracht[8]); so ist ein großer Unterschied in Absicht auf die Restitution der Früchte, ob er sie noch vor entstandenem Prozeß, oder während desselben gezogen hat[88]).

1) So

tungen über verschiedene Rechtsmaterien. Stuttgart 1800. 8. Nr. I. S. 63. Nr. VI. und unser Verf. hat sich an einem andern Orte (T. II. §. 1138. a. E.) ebenfalls für diese Meinung erklärt.

87) *L. 109. D. de Verbor. Signif.* *§. 35. I. de rer. divis.* Ob auch ein solcher Besitzer, der sich in einem errore iuris befindet, für einen b. f. possessor zu halten sey, ist streitig. Man unterscheide, ob von Erwerbung und Bereicherung desselben, oder von der Vergütung desjenigen die Rede sey, wodurch der Besitzer nicht bereichert ist. In jenem Falle ist der error iuris der malae fidei gleich zu achten. *L. 7. D. de iur. et facti ignor.* *L. 31. pr. L. 32. §. 1. D. de usurpat.* In diesem aber gilt der Irrende für einen redlichen Besitzer. *L 8. in fin. D. de iuris et facti ignor.* *L. 25. §. 11. D. de heredit. petit.* S. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. I. cap. 24. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 654.) WOLFFRADT cit. Diss. §. 42. und Westphals System §. 946. S. 737.

88) Diese Materie ist vorzüglich in folgenden Schriften gut ausgeführt worden. *Christ.* WILDVOGEL Diss. de iure fructuum a bonae fidei possessore perceptorum. *Ienae* 1724. *Adolph. Frid.* TRENDELENBURG Selecta quaedam capita doctrinae de iure possessionis circa fructuum perceptionem. *Chilonii* 1775. *Alb. Phil.* FRICK ius bonae fidei possessoris circa fructus e re aliena perceptos. *Helmstadii* 1769. rec. 1775. und *Christ. Guil.* WEHRN Progr. de finibus evictionis inter petitorem et bonae fidei possessorem, fructuum ab hoc perceptorum causa, constituendis. *Erfordiae* 1793.

1) So lange den bonae fidei possessor noch Niemand in Anspruch genommen hat, ist er in Absicht auf die Früchte, wie ein Eigenthümer zu betrachten. Der Grund hiervon ist die bloße bonae fidei possessio, diese berechtiget ihn zur Perception der Früchte, wenn gleich der Besitzer sich in der Lage nicht befindet, daß er die Sache selbst usucapiren kann, weil sie zum Beyspiel einem Pupillen gehört, oder gestohlen ist. Dennoch erwirbt er das Eigenthum derselben von dem Augenblick an ipso iure, da sie von der Hauptsache, welche sie hervorgebracht hat, sind abgesondert worden, wenn sie auch noch nicht in den Zustand gebracht sind, welcher zu deren Genuß erfordert wird. Also schon durch die bloße Separation wird der redliche Besitzer Eigenthümer der Früchte, ohne Unterschied, sie seyen durch seinen Kunstfleiß gezogen, oder durch bloße Wirkung der Natur hervorgebracht. Hierher gehören folgende Stellen der Pandecten.

1) *L. 25. §. 1. D. de usuris.* Bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, *quod dominis praediorum tributum est*, — cum — ad bonae fidei possessorem pertineant, *quoquo modo a solo separati fuerint.*

2) *L. 48. D. de acquir. rer. dominio.* Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt [89]), sed *omnes:* quia, quod ad

89) Einige wollen hier *provenerunt* lesen, und halten die gemeine Leseart, perveneruntt, für fehlerhaft, als MURETUS in Commentar. de origine iuris ad L. 2. §. 42. D. de Orig. iur. (in Ev.

ad fructus attinet, *loco domini paene est.* Denique etiam priusquam percipiat, *statim ubi a solo separati sunt,* bonae fidei emtoris fiunt. Nec interest ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit, nec ne: veluti si pupilli sit, aut vi possessa, aut Praesidi contra Legem repetundarum donata, ab eoque abalienata sit bonae fidei emtori. In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse: quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam? POMPONIUS, verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat 90): hoc enim ad ius, id est capio-

Ev. OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 174.) und FRICK in Diss. cit. §. 9. not. u. Allein ohne hinreichenden Grund. Das Wort *pervenire* wird auch in andern Stellen statt *provenire* von Früchten gebraucht. *L. 25. §. 1. D. Quando dies legator. L. 62. pr. D. h. t.*

90) Es ist also nicht genug, daß der Besitzer bey der Erwerbung des Grundstücks in bona fide gewesen. Er muß es auch noch bey der Perception der Früchte seyn. Zwar schadet sonst nach dem römischen Recht der nachher eingetretene böse Glaube bey der Usucapion nicht. Allein man kann hier nicht von der Usucapion auf den Genuß der Früchte schließen. Bey diesem ist nicht blos auf den Anfang, sondern auf singula momenta zu sehen, wie Ulpian *L. 23. §. 1. D. de acquir. rer. dom.* sagt. Zwar redet Ulpian nur von der acquisitio per eum, qui bona fide servit. Allein die perceptio fructuum ex re aliena wird nach ebendenselben Regeln beurtheilt, wie aus *L. 40. D. de acquir. rer. dom.* erhellet. Mit dieser Meinung des Pomponius und Ulpianus stimmt nun aber freylich Julian, einer von der Secte der Sabinianer, unter denen ihn Pomponius *L. 2. §. 47. in fin. D. de O. iur.* selbst aufführt,

capionem; illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat. Nec contrarium est, quod longum

führt, nicht überein. Dieser sagt vielmehr *L.* 25. §. 2. *D. de usuris.* Bonae fidei emtor sevit, et antequam fructus perciperet, cognovit, fundum alienum esse. An perceptione fructus suos faciat? quaeritur. Respondi: *Bonae fidei emtor, quod ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit.* Nam et servus alienus, quem bona fide emero, tam diu mihi ex re mea, vel ex operis suis acquiret, quamdiu a me evictus non fuerit. Man hat auf mancherley Art diese Stellen zu vereinigen gesucht. Gewöhnlich aber erklärt man die *L.* 25. *cit.* dahin, daß der Besitzer der in der Folge eingetretenen malae fidei ungeachtet, die Früchte noch immer ziehen könne, so lange sich noch Niemand zur Entwehrung gemeldet hat. Nur daß er von der Zeit an die Früchte nicht mehr lucrire, sondern sie nachher bey erhobener Vindication dem Eigenthümer restituiren müsse. S. VOET Comment. ad Pandect. Lib. XLI. Tit. I. §. 31. FACHINAEUS Controversiar. iuris Lib. I. cap. 59. WILDVOGEL Diss. cit. Th. 14. und Westphals System §. 951. a. E. Auf eine andere Art sucht *Hug.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 24. und *Lud.* VITALIS Lib. I. variar. Lection. cap. 19. den Widerspruch zu heben. Allein vergleicht man beyde Stellen mit den darin enthaltenen Gründen, so kann man dem *Petr.* CASTALIO in Adversar. ad L. 25. cit. *Did.* COVARRUVIAS Variar. Resolution. Lib. I. cap. 3. nr. 7. *Marq.* FREHER Παρέργων s. Verisimilium Lib. II. cap. 24. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. I. p. 938.) und *Ad. Fr.* TRENDELENBURG in cit. select. capitib. seinen Beyfall nicht versagen, welche behaupten, daß Julian, als Sabinianer, hier, wie in mehreren Fällen, von der Prokulianischen Secte abgewichen sey, welcher hingegen, wegen des Uebergewichts der Gründe, die übrigen Rechtsgelehrten, Ulpian, Pomponius und Paulus, zwar Herciscundi, doch

longum tempus currit: *nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit.* Et ovium foetus in fructu sunt, et ideo ad bonae fidei emtorem pertinent, etiam si praegnantes venierint[91]), vel subreptae sint. Et sane, quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest. Idemque in lana iuris est.

3) *L.* 78. *D. de rei vindicat.* Si eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil eius fundi

doch immer mehr für Proculus gestimmt, (S. *Ev.* OTTONIS Papinianus Cap. XIII. § 9. und *Christ. Otto a* BOECKELEN Tr. de diversis familiis vet. ICtorum cap. 6.) beypflichteten. Sollte sich der Eigenthümer vor vollendeter Usucapion nicht melden, so würde freylich, nach den Grundsätzen des Röm. Rechts, der b. f. emtor, mit der Sache selbst, auch das unwiderrufliche Eigenthum an den, auch nach eingetretener mala fide, percipirten Früchten, erworben haben. Dies sey wenigstens Tribonians Ansicht von der Sache, meint POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. Tit. de Usuris et fruct. Nr. VI. pag. 618. und so müsse man also jetzt Julians Fragment verstehen.

91) Sollte das gestohlne Thier auch noch bey dem Diebe trächtig geworden seyn, so kann doch der Käufer im guten Glauben den foetus, als Frucht sich zueignen, und usucapiren. Denn der partus ist kein pars rei furtivae, folglich mit keiner Furtivität behaftet. *L.* 10. §. 2. *D. de Usurpat.* *L.* 48. §. 5. *et* 6. *D. de furtis.* *L.* 26. *D. de Verb. Signif.* S. *Io* ALTAMIRANUS Tractat. XI. Libr. XI. Quaestion. ICti Scaevolae ad cit. L. 10. §. 2. D. de Usucap. §. 4. (in *Ger.* MEERMAN *Thes. iur. civ.* Tom. II. pag. 507.) und Westphals System §. 708.

fundi fructuum nomine te dare oportet. PAULUS: Imo quaeritur, huius fructus idcirco factus est, quod is eum suo nomine perceperit. *Perceptionem fructus* accipere debemus, non si perfecte collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint: veluti, si olivae, uvae lectae, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit: statim enim ipse accepisse fructum existimandus ist. **Labeo**, aus dessen *Lib. 6.* Πειθανῶν *a* PAULO *epitomatorum* diese Stelle excerpirt ist, trägt hier den Satz vor[92]), daß der bonae fidei possessor, (denn daß nur von diesem die Rede sey, ist wohl ausser Zweifel), diejenigen Früchte nicht ver-

92) Die *libri* πειθανῶν *s. pithanon*, enthalten Regeln und Sätze nach gemeinen Rechtsgrundsätzen, wie *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 6. gezeigt hat. Es ist daher nicht glaublich, daß Labeo *L.* 77. *cit.* einen unter den Sabinianern und Proculianern controversen Satz vorgetragen habe, wie GALVANUS de Usufructu Cap. XXVIII. §. 10. pag. 339. seqq. mit einem unnöthigen Aufwand von Gelehrsamkeit darzuthun bemüht gewesen ist. Daß auch Labeo, so gut wie Paulus, gewußt habe, was zur Perception der Früchte gehört, erhellet aus *L.* 13. *D. Quib. mod. Usufr. amitt.* Der Tadel des Paulus kommt also blos daher, daß Labeo hier, wo es doch auf eine allgemeine Rechtsregel ankam, den unschicklichen Ausdruck cogere fructus statt *percipere* gebraucht hatte, wodurch er nothwendig einen Mißverstand veranlassen mußte, wie auch Westphal §. 943., ganz richtig bemerkt hat. Eben so unrichtig ist es, wenn *Pet.* PERRENONIUS Animadvers. et variar. Lection. Lib. II. cap. 16. das alles dem Labeo zuschreiben will, was *L.* 78. unter des Paulus Namen angeführt wird.

vergüten dürfe, die er vor entstandenem Prozeß nicht gezogen hat. Er drückt sich aber hierüber nicht adäquat aus, sondern braucht den Ausdruck *cogere fructus*. **Paulus** tadelt ihn deshalb in seinen Noten[93]), und wirft die Frage auf, ob nicht der b. f. possessor die Früchte des fremden Grundstücks schon dadurch sich zu eigen mache, daß er sie percipirt hat[94])? Er zeigt, daß ein Unterschied sey zwischen *percipere* und *cogere* fructus. Die Perception sey vollendet, sobald die Früchte von der fruchttragenden Sache getrennt sind. Diese sey zur Erwerbung bey dem b. f. possessor schon hinreichend. Daß man sonst noch etwas, um sie nutzbar zu machen, mit ihnen vornehme, also die Oliven presse, den Wein keltere, gehöre nicht zur Perception, zu dieser sey das bloße Oliven oder Trauben-Einsammlen schon hinreichend, wenn gleich noch kein Oel noch Wein daraus gepreßt worden ist. Dies

 letz-

93) Paulus suchte in den von ihm epitomirten libris pithanon des Labeo Regeln und allgemeine Sätze theils zu berichtigen, und durch die nöthigen Ausnahmen zu beschränken, theils zu erläutern. Daß Paulus in seinen Scholien den Labeo absichtlich zu tadeln gesucht habe, wie man gewöhnlich glaubt, ist nicht erweislich, und das Gegentheil von BYNCKERSHOEK c. l. gezeigt worden. Man sehe jedoch *Chr. Gottl.* BIENERI Antistius Labeo, iuris civ. novator. *Lipsiae* 1786. §. IX. p. 28.

94) *I.* JENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 41. hat die L. 78. offenbar falsch verstanden, wenn er die Anfangsworte für die Meinung des Paulus hält, und die nachher darin aufgeworfene Frage, nebst der Antwort dem Labeo zuschreibt. Man sehe vielmehr CUJACII Observat. Lib. XI. cap. 39.

letztere heißt *cogere fructum*, und darauf kommt bey der Eigenthumsklage nichts an. Daher kann auch der b. f. possessor selbst die Früchte, als die seinigen, vindiciren, wenn sie ein Dritter wider seinen Willen percipirt und sich dieselben zugeeignet hat[95]).

Ob nun gleich der b. f. possessor, so lang ihn Niemand in Anspruch genommen hat, und sein bona fides nicht unterbrochen ist, die Früchte, einem Eigenthümer gleich, acquirirt, so ist doch dies nicht so zu verstehen, als ob er sofort ein unwiderrufliches Eigenthum an den Früchten durch die Perception erwerbe. Nein, das Eigenthum, was ihm die Gesetze, als präsumtiven Eigenthümer der Hauptsache, an den Früchten geben, ist, wegen des stärkern Rechts des sich nachher meldenden wahren Eigenthümers, ein blos interimistisches und widerrufliches. **Paulus**[96]) giebt dieses auch in den Worten: Bonae fidei emtor *non dubie percipiendo* fructus ex aliena re *suos* INTERIM *facit*, deutlich zu verstehen. Soll also der redliche Besitzer wegen der vor dem Prozeß gezogenen Früchte zu keinem Ersatz verbunden seyn, so muß noch ein besonderer rechtlicher Grund hinzukommen, aus welchem der Erwerb der Früchte unwiderruflich wird. Ein solcher Grund beruhet entweder in einer hinzugetretenen Usucapion, oder in einer geschehenen Consumtion[97]). Hiernach ist nun die Frage zu beant-

95) S. FRICK cit. Diss. §. 4.

96) *L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom.*

97) GALVANUS de Usufructu cap. XXVIII. §. XII. pag. 343. seq. *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. IV. cap. 17. und WOLFFRADT cit. Diss. §. 48. et 49.

antworten, in wiefern der *b. f. possessor* die vor dem Prozeß gezogenen Früchte restituire? Man unterschiede, ob die Früchte zur Zeit der erhobenen Klage noch bey dem Besitzer in Natur vorhanden, oder consumirt waren.

a) Waren die Früchte zur Zeit des entstandenen Prozesses noch vorhanden, so muß der Besitzer solche dem Eigenthümer herausgeben, so weit sie nicht verjährt sind. Dafür sind sie aber alsdann zu halten, wenn er sie, von Zeit der Perception oder Separation an, drey Jahre bona fide besessen hat.[98]). Die Regel, daß der b. f. possessor die fructus extantes, welche er vor dem Prozeß gezogen hat, restituiren müsse, ist in der Verordnung der Kaiser **Diocletian** und **Maximian**, der bekannten *L.* 22. *C. h. t.* klar enthalten. Die Ausnahme hingegen bestätigt **Paulus** *L.* 4. §. 19. *D. de Usurpat.* wo er sagt: Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest: *si vero apud bonae fidei emtorem*, *contra*; quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis di-

98) S. *Io. Heinr.* BERGER Diss. de fructibus. Cap. II. Th. 9. u. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XVIII. §. 7. anderer Meinung ist jedoch *Ian. a* COSTA ad § 35. I. de rer. divis. Beym fetus pecorum nimmt das Triennium seinen Anfang von dem Moment an, quo fetus apud bonae fidei possessorem editus est. Man vergleiche hier vorzüglich *Christ. Gottl.* GMELIN Diss. de diversis partus ancillae et fetus pecoris iuribus. *Tubingae* 1778. §. 11.

dicendum, si consumti sint, quod verum est. Hier ist zwar nicht von Früchten eines Grundstücks, sondern von den Nutzungen eines Thiers die Rede, es findet aber doch bey beyden der nämliche Grundsatz Statt, daß die Frucht in Ansehung der Usucapion, als etwas, von der frucht- und nutzbringenden Substanz verschiedenes betrachtet werde. Ist nun gleich diese, als eine res furtiva, keiner Usucapion fähig, so können doch die Früchte, welche der b. f emtor zieht, von demselben usucapirt werden [99]. Ja es ist nicht einmahl eine Verjährung nöthig, wenn er sie entweder selbst aufzehrt oder an einen Dritten verkauft. Dieser erwirbt daran sogleich ein unwiderrufliches Eigenthum [100]. Hieraus ergiebt sich,

aa) daß die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [1]) ganz unrichtig sey, welche den b. f. possessor von der Restitution der vor entstandenem Prozeß gezogenen Früchte unbedingt freysprechen wollen, wenn sie auch noch unverjährt

99) Diese Verjährung der Früchte ist eine Usucapio *pro suo.* *L.* 4. §. 5. *D. de Usurpat, et usucap.* *L.* 2. *D. Pro suo.* S. GMELIN cit. Diss. § 11.

100) Man vergleiche hier vorzüglich GALVANUS de Usufructu cap. XXVIII. §. X. pag. 341. seq. edit. *Tübing.* *Gregor.* MAJANSIUS in Disputat. iuris civ. Tom II. Disputat. LXVII. §. 4. pag. 329. sqq. GMELIN cit. Differt. §. 10. 11. et 13. und Westphal im System §. 694.

1) S. *Ge. Sam.* MADIHN in Diss. de bonae fidei possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum immuni. *Halae* 1754. und *Lud. God* MADIHN ad *Mencken* Introduct. in doctr. de actionib. for. pag. 56. not. 143.

jährt vorhanden wären. Man wendet zwar gegen die angeführten Gesetzstellen ein, 1) daß in der *L.* 22. *C. h. t.* unter fructus extantes bloß die hängenden Früchte zu verstehen wären, weil in den Gesetzen der Pandecten [2]) ausdrücklich gesagt werde, der b. f. possessor werde von den percipirten Früchten sogleich *pleno iure* Eigenthümer. Allein diese Rechtsgelehrten müssen es selbst gestehen, daß die Bedeutung von fructus extantes für pendentes genommen, eine ganz uneigentliche Bedeutung sey [3]). Schon dies macht also die ganze Erklärung verdächtig, wenn man erwägt, daß der Ausleger schon nach den allgemeinen Regeln der Hermenevtik immer von der Voraussetzung ausgehen müsse, daß der Redende, so lange nicht das Gegentheil erwiesen werden kann, bey dem gemeinen Sprachgebrauche geblieben sey [4]). Die gewöhnliche Wortbedeutung ist daher, wenigstens ohne einen erweislichen besondern Redegebrauch ihres Verfassers, allen andern vorzu-

 ziehen

2) *L.* 25. §. 1. *L.* 28. *pr. D. de Usur. et fruct.*

3) Man beruft sich zwar auf die *L.* 7. §. 15. *D. Soluto matr. L.* 26. §. 1. *D. de furt.* und *L.* 27. *pr. D. de Usufr.* Allein in den beyden ersten Stellen werden nicht fructus extantes, sondern *stantes* erwähnt, worunter freylich, wie auch schon oben von mir bemerkt worden, hängende Früchte zu verstehen sind. In der letztern Stelle aber ist die gemeine Leseart extantes falsch, die Florentine und andere bessere Ausgaben lesen dafür *stantes fructus*, wie auch GALVANUS de Usufructu Cap. 28. §. 2. pag. 328. schon erinnert hat.

4) S. Zachariä Versuch einer allgemeinen Hermenevtik des Rechts §. 40.

ziehen[5]). Nun ist hier kein besonderer Redegebrauch des Gesetzgebers erweislich. Es kann auch ein solcher um so weniger angenommen werden, je weniger darüber ein Zweifel entstehen konnte, ob fructus pendentes zu restituiren wären, da sie bekanntlich einen Theil des Grundstücks ausmachen. Hierzu kommt, daß auch in andern Gesetzen[6]) die fructus extantes immer den consumtis entgegen gesetzt werden, und diese Bedeutung kann man immer beybehalten, ohne deswegen mit denjenigen Gesetzen der Pandecten in Widerspruch zu gerathen, welche sagen, daß der b. f. possessor die percipirten Früchte sogleich pleno iure erwerbe. Denn daß auch ein an sich vollkommenes Eigenthum widerruflich seyn könne, hat keinen Zweifel[7]). Man wendet 2) gegen die oben angeführte andere Stelle, *L. 4. §. 19. D. de Usurpat.* ein, daß nach den

5) S. Hufelands Pandectencompendium I. Heft. §. 39.

6) *L. 9. §. 1. D. ad exhib. L. 22. §. 2. D. de pign. act. L 3. C. de condict. ex lege. L. 4. C. de crim. expilatae hereditat.* S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Exstare.* und FRANZKIUS Exercit. iuridic. Dec. IV. Qu. 8. nr. 7. sqq.

7) Man sehe z. B. *L. 29. §. 1. D. Qui et a quibus manumissi* und vergleiche vorzüglich *Arn.* VINNIUS in select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 26. VOET in Commentar. ad Pand. Lib. XLI. Tit. 1. §. 29. WILDVOGEL in Diss. cit. Th. 16. WOLFFRADT cit. Theoria §. 48. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 10. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. m. FRICK in Diss. cit. §. 4. *Io. Nic.* MOECKERT in Diss. de bonae fidei possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum non semper immuni. *Ienae* 1763. §. 30. und Westphal im System §. 948.

den ausdrücklichen Worten derselben der b. f. possessor zur Erwerbung des Eigenthums an den Früchten nicht einmahl einer Usucapion benöthiget sey, sondern sogleich davon durch die Perception Eigenthümer werde. Allein man hat das Gesetz offenbar mißverstanden. **Paulus** entscheidet daselbst die Frage, ob die Wolle von gestohlnen Schaafen usucapirt werden könne. Er unterscheidet, ob die Schaafe noch bey dem Diebe geschoren worden sind, oder bey demjenigen, der sie von dem Diebe b. f. gekauft hat. Im ersten Falle sind sie, als eine gestohlne Sache, keiner Usucapion unterworfen. In dem letztern Falle hingegen kann sie der b. f. possessor usucapiren. Dies ist unstreitig der Sinn der Worte: Si vero apud bonae fidei emtorem, *contra* d. i. usucapi potest, wie sie auch **Anton Faber**[8]) richtig erklärt hat. Weil jedoch die Wolle als ein fructus zu betrachten, welchen sich der b. f. possessor, als solcher, zueignen kann, so ist er auch befugt, sie zu verkaufen, und dann bedarf es gar keiner weitern Verjährung, weil das Eigenthum sogleich auf den dritten Käufer übergeht. So sind die Worte: nec usucapi debet, *sed statim emtoris fit*, zu verstehen[9]). Eben dieses, sagt **Paulus**, gilt auch von den Lämmern. Sind diese bey dem b. f. possessor gebohren, so kann er solche usucapiren, und dadurch ein unwiderrufliches Eigenthum erwerben. Verkauft er sie aber, so bedarf es keiner wei-

8) Coniecturar. iur. civ. Lib. IV. cap. 17. in fin.

9) Der *emtor* ist also, wie GALVANUS in Usufructu cap. XXVIII. § 10. pag. 342. sagt, is, qui a b. f. possessore lanam coemit.

tern Verjährung. So sind die Worte: *si consumti sunt* zu erklären, also si distracti alienatique sint ab illo priore b. f. possessore, qui illos perceperat, wie sie auch **Galvanus** [10]) versteht. Allein es fragt sich,

bb) ob nicht in Ansehung der noch unverjährt bey dem b. f. possessor existirenden Früchte ein Unterschied zwischen blos natürlichen und künstlichen Früchten zu machen sey? Viele Rechtsgelehrten [11]) sind dieser Meinung, und behaupten, daß der Besitzer in gutem Glauben nur die vor dem Prozeß percipirten natürlichen Früchte zu restituiren schuldig sey, dahingegen ihm die percipirten künstlichen Früchte unwiderruflich verblieben. Man beruft sich theils auf die bekannte Stelle in den Institutionen [12]): Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet iusta causa aeque

10) Cit. loc. wo er sagt: *Neque enim possunt ea verba accipi de consumtione illa, per quam interit substantia fructuum, alias enim insulse* PAULUS *respondisset, agnos hoc modo consumtos usucapi non debere; cum non solum non debeat, sed nec possit usucapi, quod non est.*

11) *Iac.* CUJACIUS in Commentar. ad Africanum Tract. VII. ad L. 40. D. de acquir. rer. dom. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 26. *Franc.* BROEUS in Expositionib. in Iustin. Institut. ad §. 35. de rer. divis. §. 2. pag. 238. *Helf.* HUNNIUS in variis Resolutionib. iuris civ. Lib. II. Tract. I. Qu. 31. pag. 310. und **Thibaut** System des P. R. 2. B. §. 568. a. E.

12) §. 35. *I. de rer. divis.*

aeque bona fide acceperit: naturali ratione placuit, quos percepit, eius esse *pro cultura et cura;* theils auf eine Stelle des **Pomponius**[13]), welcher sagt: Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos autem, quos *suis operis* adquisierit, veluti *serendo*. Nam si pomum decerpserit, vel ex sylva caedit, non fit eius, *sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris*: quia non *ex facto eius* is fructus nascitur. Allein dieser Meinung steht entgegen, 1) daß **Justinian** in der angeführten Stelle seiner Institutionen ausdrücklich hinzufügt: et *ideo*, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo *consumtis* agere non potest. Gesetzt also, daß die vorhergehenden Worte bloß von Industrial-Früchten zu verstehen wären, wozu doch aber die Worte: *pro cultura et cura*, wie schon von andern[14]) gezeigt worden ist, noch keinen hinreichenden

13) *L.* 45. *D. de Usuris et fruct.*

14) Die Worte: *pro cultura et cura* werden zwar von den Rechtsgelehrten auf verschiedene Art erklärt. *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. II. c. 7. und in Comment. ad Dig. h. t. Tom. II *Oper.* pag. 197. sq. bezieht sie auf das dem b. f. possessor, als quasi dominus, zustehende ius colendi et curandi fundum. *Io.* VOET in Comm. ad Pandect. Lib. XLI. Tit. 1. §. 30. erklärt sie von der cultura curaque fundi, per quam is in suo statu conservatus fuit. Andere, welche sie auf die Früchte selbst beziehen, bemerken nicht ohne Grund, daß dadurch die natürlichen Früchte nicht ausgeschlossen werden, weil solche, wenn sie auch keine culturam erfordern, doch einer curae bedürfen. S. HARPPRECHT Commentar. ad §. 35. I. de R. D. n 43. Westphals System §. 946. und Höpfners Commentar

den Grund enthalten; so hätte ja **Justinian**, ohne mit sich selbst im Widerspruche zu stehen, schlechterdings nicht sagen können, daß derentwegen nur dann keine Klage Statt habe, wenn sie consumirt sind, sondern er hätte sagen müssen: de fructibus ab eo *perceptis* agere non potest. **Justinian** giebt also hierdurch deutlich genug zu verstehen, daß der b. f. possessor auch selbst an den künstlichen Früchten durch die Perception nur ein widerrufliches Eigenthum erwerbe, welches erst durch die Consumtion dergestalt bestätiget wird, daß nachher keine weitere Klage wegen derselben Statt findet. Daß dieses die wahre Meinung des Kaisers sey, erhellet aus einer andern Stelle der Institutionen [15]) noch deutlicher, wo **Justinian** sagt: Si vero bonae fidei possessor fuerit: non habetur ratio *neque consumtorum*, neque *non perceptorum*. Also die fructus extantes, die der b. f. possessor vor dem Prozeß wirklich gezogen hat, und noch unverjährt besitzt, muß er restituiren, sie mögen natürliche oder künstliche seyn. Dies beweißt auch die schon oben angeführte *L.* 22.

tar über die Institutionen §. 333. Noch andere halten diese Worte für bloße verba enunciativa, die blos zum Ueberfluß beygefügt sind, um das Recht des b. f. possessoris in Absicht auf die Früchte dadurch noch mehr zu bestätigen, wie POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. Tit de Usuris Nr. IV. Not a. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Q. VIII. not. b. Tom. I. pag. 503. Man nehme nun aber auch an, welche Erklärung man will, so ergiebt sich doch aus allem so viel, daß diese Stelle nicht auf Industrialfrüchte allein einzuschränken sey.

15) §. 2. *I. de officio. iud.*

22. *C. h. t.* ganz klar[16]. 2) Soviel die andere Stelle anbetrift, so hat man sich zwar sehr viel Mühe gegeben, dieselbe durch eine schickliche Interpretation mit den übrigen Gesetzstellen zu vereinigen[17]; allein keine einzige Erklärung ist so beschaffen, daß sie keinen Zweifel übrig ließe. Es scheint zwar in diesem Gesetz nur von einem besondern Falle die Rede zu seyn, nämlich von einer Schenkung unter Ehegatten, welche bekannten Rechten nach nicht gültig ist. Hier fehlt es also dem beschenkten Ehegatten ganz an einem solchen gerechten Titel, welchen ein anderer b. f. possessor für sich hat, und weswegen dieser, als präsumtiver Eigenthümer, zur Perception der Früchte befugt ist. Hierzu kommt, daß Schenkungen unter Ehegatten nur in sofern ungültig sind, als dadurch der Beschenkte zum Schaden des Schenkenden bereichert worden ist. Dies ist nun gerade der Fall bey bloß natürlichen Früchten, die der beschenkte Gatte ohne Mühe geärndtet hat, nicht aber bey Industrialfrüchten, welche auch der Schen-

16) Man vergleiche noch Joh. Wilh. Aug. Rosenthals Versuch einer richtigen Beantwortung mehrerer theils in das gemeine theils in das herzogl. Braunschw. Wolffenbüttel. Recht einschlagenden streitigen Rechtsfragen. Göttingen 1805. gr. 8. Nr. I.

17) Die verschiedenen Erklärungen über die *L.* 45. *D. de Usuris* haben BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XV. Th. 11. Lit. E. et F. *Iac.* CURTIUS Εἰκαστῶν Lib. II. cap. 44. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 183.) *Balth.* BRANCHU Observat. ad ius Rom. Dec. I. cap. 3. und Westphal im System §. 946. angeführt und geprüft.

Schenker nicht ohne angewandten Kunstfleiß gezogen haben würde. Man sollte also fast glauben, daß in dieser Gesetzstelle eine Ausnahme enthalten sey, welche nur auf die Früchte einer solchen Sache sich beschränke, die ein Ehegatte dem andern geschenkt hat. Dies behaupten auch mehrere berühmte Rechtsgelehrte [18]). Allein da **Pomponius** doch den Grund seiner Entscheidung nicht aus der besondern Eigenschaft der Schenkungen unter Ehegatten hernimmt, sondern vielmehr den Beschenkten nach dem Rechte eines jeden andern b. f. possessoris beurtheilt, und daher einen solchen Grund anführt, der auf jeden andern redlichen Besitzer paßt, nämlich: *quia non ex facto eius is fructus nascitur*; so bleiben immer die Worte: *sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris*, ein fast unauflösliches Problem. Zwar hat die Erklärung viel Schein, wenn man diese Worte bloß von einem solchen b. f. possessor verstehen will, an welchen der beschenkte Ehegatte die gezogenen natürlichen Früchte veräussert hat, weil dieser nicht mehr Rechte haben kann, als der Ehegatte selbst hatte [19]). Allein da sich zu dieser Erklärung der vom **Pomponius** angeführte Entscheidungsgrund nicht schickt, so

18) *Lud.* CHARONDAS Verisimilium Lib. I. cap. 7. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 792.) *Aurel.* GALVANUS de Usufructu cap. XXVIII. §. 14. pag. 346. sqq. edit. *Tübing.* u. *Alb. Phil.* FRICK cit. Diss. §. 11.

19) So erklären diese Worte die in der vorhergehenden Note angeführten Rechtsgelehrten. Nur *Gregor.* MAJANSIUS in Commentar. ad XXX. ICtorum fragmenta. Tom. I. ad L. 45. D. de Usur. §. 3. pag. 382. versteht unter dem b. f. possessor den heres coniugis, in vitium succedens.

so ist damit eben so wenig gewonnen, als mit der sehr gewagten Emendation des **Anton Fabers**[20]), welcher, mit Weglassung der Negation, *sicuti cuiuslibet b. f. possessoris* lesen will. Noch auf eine andere Art haben viele[21]) der Schwierigkeit dadurch abzuhelfen gemeint, wenn man die Worte: sicuti nec cuiuslibet durch *sicuti nec omnis b. f. possessoris* erklärt, so daß der Sinn dieser Worte dahin gehe, es gebe b. f. possessores, welche die natürlichen Früchte nicht erwerben, nämlich solche, welche, wie der beschenkte Ehegatte, keinen gültigen Rechtstitel für sich haben. Allein ausserdem, daß diese Erklärung sehr gezwungen ist, so kommt es auch bey der Perception der Früchte blos auf die bona fides, und nicht auf den Titel an, welcher, wie **Curtius**[22]) ganz richtig bemerkt, zwar zur Usucapion, aber nicht zum Genuß der Früchte erfordert wird. Vergleicht man die oben angeführte Stelle des **Paulus** in *L. 48. D. de acquir. rer. dom.* mit der vorliegenden des **Pomponius** unbefangen, und erwägt die

20) Conjecturar. iuris civ. Lib. IV. cap. 17. pag. 99.

21) PEREZ in Praelect. in Cod. h. t. nr. 21. VINNIUS in Comm. ad §. 35. I. de rer. divis. nr. 8. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 198. seq. VOET in Comm. ad Pand. Lib. XLI. Tit. I. §. 30. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Tit. de donat. inter Vir. et Uxor. Nr. LXVII. not. b. *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 35. I. de rer. divis. und GMELIN in Diss. Fructuum perceptio modis acquirendi dominii vindicata. §. 11.

22) Cit. loc. Man s. auch **Westphal** a. a. O. S. 736. und EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. VIII. not. y.

die Gründe, worauf beyde ihre Meinung gebauet haben; so läßt sich wohl nicht läugnen, was auch schon **Franz Hotoman** [23]) behauptete, daß beyde Rechtsgelehrten in der Materie von dem Rechte eines b. f. possessoris in Absicht auf die aus der fremden Sache percipirten Früchte verschiedener Meinung gewesen sind, indem **Paulus** hier die billigern Grundsätze der Sabinianer, **Pomponius** hingegen die strengern Rechtsgrundsätze der Prokulianer befolgte, wie **Adolph Fried. Trendelenburg** [24]) ganz überzeugend dargethan hat.

b) Soviel hingegen diejenigen Früchte anbetrifft, welche der b. f. possessor schon vor dem Prozeß consumirt hatte, so darf er für diese dem vindicirenden Eigenthümer nichts vergüten, er mag dadurch bereichert seyn, oder nicht, er mag sie durch seinen Kunstfleiß gezogen, oder durch bloße Wohlthat der Natur gewonnen haben. Die Römischen Juristen waren zwar hierüber nicht einerley Meinung, indem, wie bereits bemerkt worden, **Pomponius** [25]) die natürlichen Früchte dem b. f. possessor schlechterdings abspricht, und zwar aus dem Grunde, *quia non ex facto eius hi fructus nascuntur*. Allein die meisten

23) Commentar. in IV. Libr. Institut. (*Lugd.* 1588. f.) Tit. de rer. divis. §. 26. pag. 127.

24) Select. cap. doctr. de iure possessionis circa fructuum perceptionem Cap. II.

25) *L.* 45. *D. de Usur.*

sten römischen Rechtsgelehrten, **Paulus**[26], **Julian**[27]) und **Cajus**[28]) waren der entgegengesetzten Meinung, und diese war unstreitig in den Gerichten angenommen, wie man ganz deutlich aus der Art erkennt, mit welcher sich **Paulus** darüber erklärt, wenn er sagt: *Bonae fidei emtor* NON DUBIE *percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit*, NON TANTUM EOS, *qui* DILIGENTIA *et* OPERA *eius pervenerunt*, *sed* OMNES; *quia*, *quod ad fructus attinet*, LOCO DOMINI *paene est*. Daher behaupteten auch die meisten Römischen Juristen[29]), daß der b. f. possessor wegen der vor dem Proceß schon consumirten Früchte gar keine Red und Antwort zu geben brauche, sondern solche ohne Unterschied lucrire[30]). Selbst bey der Gränzklage, weil sie in gewisser Rücksicht die Natur der Eigenthumsklage hat[31]), sagt **Paulus**[32]) ausdrücklich: Fructus ante iudicium percepti *non omnimodo* hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit, *et* LUCRARI *eum oportet*, *si eos* CONSUMSIT. Und diese Meinung ward auch gesetzlich bestätigt. Denn nach der *L.* 22.

26) *L.* 48. *pr. D. de acquir. rer. dom. L.* 13. *in fin. D. Quib. mod. usufr. amitt. L.* 4. §. 19. *D. de Usurpat. L.* 78. *D. de Rei vind.*

27) *L.* 25. *D. de Usur.*

28) *L.* 28. *D. eodem.*

29) *L.* 4. §. 2. *D. fin. regund. L.* 40. *in fin. D. de acquir. rer. dom. L.* 41. §. 1. *D. de re iudic.*

30) Man vergleiche hier vorzüglich GALVANUS de Usufructu Cap. XXVIII. §. 13. et 14. pag. 344.

31) *L.* 1. *D. fin. regundor.*

32) *L.* 4. §. 2. *D. eodem.*

L. 22. C de Rei Vind. soll der b. f. possessor nur die fructus extantes restituiren, und nach den §. 2. *I. de officio iud.* soll der Richter bey der Reivindication, wenn der Beklagte ein b. f possessor ist, auf die vor dem Prozeß consumirten Früchte eben so wenig Rücksicht nehmen, als auf diejenigen, welche er gar nicht percipirt hat. Ja **Justinian** sagt §. 35. *I. de rer div* gerade zu, daß wegen der consumirten Früchte gar keine Klage Statt habe. Man sollte glauben, daß bey so klaren Gesetzen kein weiterer Zweifel möglich wäre. Dennoch finden sich auch hierüber verschiedene Meinungen unter den neuern Rechtsgelehrten. Einige[33]) behaupten, der b. f. possessor acquirire zwar die fructus industriales unwiderruflich durch die Consumtion, aber nicht die naturales. Diese müsse er allemal vergüten. Noch andere[34]) unterscheiden zwischen einem solchen b. f. possessor, der die fremde Sache ex titulo lucrativo und zwischen einem solchen, welcher sie titulo oneroso besitzt. Der erstere behalte die fructus naturales nicht, sondern nur die industriales, der letztere aber beyde, wenn sie consumirt sind. Ferner giebt es Rechtsgelehrte[35]), welche glauben der b. f. possessor müsse die

33) BACHOV in Comm. ad §. 35. I. de rer. divis. WISSENBACH in Commentar. ad Institut. Disput. X. §. 27. und HUBER in Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 1. §. 31. et 32.

34) *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. I. cap. 19. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 643. seqq.) *Iac.* CURTIUS Εἰκαστῶν Lib. II. cap. 44. und *Ianus a* COSTA in Comm. ad §. 35. I. de rer. divis.

35) *Marc.* LYKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. III. Eclog. 2. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XVI. §. 55. *Casp.* SCHI-

die consumirten Früchte ersetzen, wenn er dadurch reicher geworden sey; z. B. er hat sie veräussert, und besitzt noch den Werth. Endlich wollen einige[36]) noch unterscheiden, ob der b. f. possessor die Sache titulo gratuito, oder oneroso an sich gebracht habe. Nur in dem ersten Falle müsse er bey der Reivindication die fructus consumtos vergüten, soweit er dadurch bereichert ist. In dem letztern Falle hingegen ersetze er nichts. Allein alle diese Meinungen sind den oben angeführten Gesetzen zuwider, und verdienen daher keine Rücksicht. Müßte der b. f. possessor die consumirten Früchte vergüten, soweit er dadurch bereichert ist, wie hätte **Paulus** sagen können *L.* 4. §. 2. *D. fin. reg.* der redliche Besitzer lucrire dieselben? Hierzu kommt, daß die Consumtion dem b. f. possessor soviel Recht giebt, als die Usucapion[37]). Nun ist auch bey dieser von einer Vergütung keine Frage, wenn gleich der Besitzer, der sie für sich hat, bereichert ist. Will man einwenden, daß es un-

T 2

SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. II. Tract. 30. Qu. I. CARPZOV Iurispr. for. P. III. Const. 32. Def. 8. MÜLLER ad STRUVII Synt. iur. civ. Exerc. XI. Th. 23. not. *β. Io.* PAGENSTECHER Diss. Bonae fidei possessor in iudicio universali hereditatis petitionis et singulari rei vindicationis. *Teutoburgi* 1753. §. 13. sqq. MOECKERT Diss. de bonae fidei possessore singulari a restitutione fructuum non semper immuni. §. 20. sqq. *Io. God.* BAUER Diss. de aestimandis et restituend. fructib. § 8 et 9. und *Henr. God.* BAUER in Disqu. an consumtos, ex quibus locupletior existit, fructus restituere teneatur bonae fidei possessor. *Lipsiae* 1762.

36) S. *Matth. Benon.* HERING Disp. de prodigo felici in materia de fructuum restitutione. *Rostochii* 1741. §. 31. seqq.

37) *L.* 4. §. 19. *D. de usurpat. et usucap.*

unbillig sey, sich mit des Andern Schaden zu bereichern; so muß man immer erwägen, daß der b. f. possessor vor dem Prozeß, als präsumtiver Eigenthümer galt. Er war also berechtiget, sich die Früchte zuzueignen, und sie zu verbrauchen, oder zu veräussern, und überhaupt darüber, so wie der wahre Eigenthümer, zu disponiren. Hier ist also kein wahrer Schade denkbar. Nam nemo *damnum* facit, sagt **Paulus**[38]), nisi qui id fecit, *quod facere ius non habet.* Es kann also auch von keiner Vergütung desjenigen die Rede seyn, was nicht mehr vorhanden ist. Man setzt uns zwar die Worte **Papinians**[39]) entgegen: Non *consumtum* habetur, *quod in corpore patrimonii retinetur.* Allein man hat nicht bedacht, daß **Papinian** von veräusserten Erbschaftssachen redet, bey denen freylich nach der bekannten Regel, die bey den universitatibus iuris gilt, der Werth an die Stelle der veräusserten Sache tritt. Davon ist hier, wo von der Vindication singulärer Sachen die Rede ist, kein Gebrauch zu machen. Ich übergehe die übrigen Gründe, die schon von andern[40]) hinlänglich widerlegt worden sind,

38) *L. 151. D. de div. reg. iuris.*

39) *L. 71 et 72. D. de legat. II.* S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Th. §. 1676. und 1677.

40) Man vergleiche vorzüglich VOET in Comment. ad Pand. Tit. de acquir. rer. dominio § 29. VINNIUS select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 26. BERGER Diss. de fructibus ac impensis. Cap. II. Th. 4. FRANZKIUS Exercitat. VII. Qu. 9. STRUV Syntagm. iuris civ. Ex. XI. Th. 23. WILDVOGEL Diss. de iure fruct. a b. f. possessore perceptor. Th. 17. NOODT Comm.

sind, und bemerke nur noch, daß die heutige Praxis hierin von der Theorie nicht abweiche, wie Carpzov[41]) und Menken[42]) irrig behaupten. Das Gegentheil bezeugen vielmehr die heutigen bewährtesten practischen Rechtsgelehrten[43]).

2) Ein anderes findet nun aber freylich von der Zeit an Statt, da sich der wahre Eigenthümer gemeldet hat. Von jetzt an muß der b. f. possessor alle bis zur Entwährung gezogenen Früchte restituiren, auch die, welche durch seine Schuld verlohren giengen, und die er während des

Comm. ad Dig. h. t. T. II. *Oper.* pag. 199. sq. *Ev.* OTTO Comment. ad §. 35. I. de rer. divis. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. d. f. g. SCHULTING Thes. controv. Decad. XVIII, §. 8. FRICK cit. Diss. §. 5. et 6. TRENDELENBURG cit. Diss. Cap. 3. Westphal §. 946. S. 738. und MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Obs. 244.

41) Part. III. Const. 32. Def. 28.

42) Introduct. in doctr. de actionib. for. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 4. pag. 59.

43) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 318. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. XCIX. medit. 4. MADIHN ad *Mencken* c. l. Not. 144. *Bern. Henr.* REINOLD in Opuscul. iurid. pag. 472. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1020. MALBLANC Dig. P. II. §. 404. Höpfner Commentar §. 333.

des Prozesses consumirt hat[44]). Denn von Zeit des entstandenen Prozesses an, wird er als ein administrator rei alienae angesehen, und muß daher auch, wie ein malae fidei possessor, für Culpa und Dolus haften. Hierher gehören folgende Stellen.

1) *L.* 4. §. 2. *D Fin. regundor.* Post litem autem contestatam etiam *fructus* venient in hoc iudicium: *nam et culpa et dolus exinde praestantur.*

2) §. 2. *I. de Officio iudicis.* Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui *culpa possessoris* percepti non sunt, vel percepti *consumti* sunt.

3) *L.* 22. *C. h. t.* Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare: *bonae fidei* vero, extantes; *post autem litis contestationem*, UNIVERSOS.

Es ist indessen doch noch ein doppelter Unterschied zwischen einen b. und m. f. possessor.

1) Wenn nach der Litiscontestation die Sache durch einen Zufall zu Grunde geht, so haftet der b. f. possessor für die Nutzungen nicht weiter, welche der Eigenthümer, in dessen

44) *Io. Casp.* CUNTZMANN Diss. de bonae fidei possessore fructus a tempore litis contestatae restituente et non restituente. *Marburgi* 1740.

sen Besitz die Sache nicht auf diese Art verunglückt wäre, noch hätte ziehen können. Er vergütet die Früchte nur bis zur Zeit ihres Unterganges. Ja sie werden nicht einmal immer bis dahin gerechnet, wenn Unfälle eintraten, wodurch auch schon vorher die Nutzungen der Sache gehindert wurden[45].

2) Haftet der b. f. possessor auch nicht für die durch Zufall verlohren gegangene Früchte, wenn gleich die Fortsetzung des Besitzes den Schaden veranlaßt haben sollte. Bey dem m. f. possessore ist es anders, wie schon oben bemerkt worden ist. Der Grund dieses Unterschiedes ist, weil der b. f. possessor auch während des Prozesses für keine Unglücksfälle steht, wofür aber der m. f. possessor verantwortlich ist[46]. Endlich

III) soviel die vernachläßigten Früchte und Nutzungen anbetrift; so muß

45) *L. 79. D. h. t.* Si hominem a me petieris, et is post litem contestatam mortuus sit; fructus, quoad is vixerit, aestimari oportet. PAULUS: id ita verum esse puto, si non prius is homo in eam valetudinem inciderit, propter quam operae eius inutiles factae. Nam ne si vixisset quidem, in ea valetudine fructus eius temporis nomine aestimari conveniret.

46) S. *Christph Christ.* HASSE Diss. de litis contestatione, an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur. §. 21. und WOLFFRADT Diss. de acquisitione fructuum §. 52.

1) der wahre Besitzer in bösem Glauben diese unbedingt ersetzen, und zwar wird nicht blos das gerechnet, was er selbst von Nutzungen hätte ziehen können, wenn er die Sache als ein guter Wirth benutzt hätte[47]); sondern er muß auch das restituiren, was der Kläger hätte gewinnen können, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden, und zwar bis zur Zeit der Verurtheilung[48]), die fructus mögen civiles oder naturales seyn[49]). Nur wegen vernachläßigter Zinsen vindicirter Gelder haftet der m. f. possessor nicht, denn er hätte die Gefahr des Capitals übernehmen müssen. Dieß konnte man ihm nicht zumuthen[50]). Mehrere Rechtsgelehrten[51]) sind zwar dennoch anderer Meinung, weil die Zinsen in den Gesetzen den Früchten völlig gleichgestellt werden. Allein in allen

47) §. 2 *I. de officio iud.* Illorum fructuum, *quos culpa sua possessor non perceperit*, — ratio habetur, si *praedo* fuerit.

48) *L.* 33. *D. h. t.*

49) *L.* 62. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* wo es heißt: Generaliter autem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat, animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit, *sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset.* S. *de* WOLFRADT §. 51. Die Ausnahme, welche einige Rechtsgelehrte bey einem solchen m. f. possessor machen wollen, welcher einen Titel für sich, ist ohne Grund. S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Q. 12.

50) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1020. in fin. MALBLANC Dig. h. t. §. 404. und THIBAUT System. T. II. §. 568.

51) BERGER in Diss. de fructibus Cap. III. Th. 4. et 5. und RUMPFF Diss. de Rei vindicat. Sect. I. §. 21.

allen oben angeführten Gesetzen, welche der causae rei bey der Reivindication namentlich oder durch eine Umschreibung erwähnen, wird der Zinsen nirgends gedacht. Es gehört auch das Gesetz, worauf man sich beruft, — *L.* 34. *D. de Usuris* — schlechterdings nicht hierher, sondern bezieht sich, wie schon **Cujaz**[52]) bemerkt hat, blos auf das unter **Hadrian** gemachte Senatusconsultum von der Erbschaftsklage[53]). **Ulpian** wollte darin nur soviel sagen, daß der Besitzer einer Erbschaft nach diesem SCto eben sowohl verbunden sey, dem Erben die Zinsen zu vergüten, die er aus den Erbschaftsgeldern eingenommen hat, als er demselben die bezogenen Früchte ersetzen müsse. Denn Zinsen vertreten ja die Stelle der Früchte, und beyde dürfen nicht von einander abgesondert werden[54]). Daß Zinsen hingegen in jeder andern Rücksicht von Früchten unterschieden sind, ja nicht einmal mit andern Civilfrüchten z. E. mit vernachläßigten Miethgeldern, gleiche Rechte haben, sagt **Papinian**[55]) ausdrücklich. Hätte auch

 der

52) Observation. Lib. XVIII. cap. 3.

53) Die *L.* 34. *D. de Usur.* ist aus **Ulpians** *lib.* 15. *ad Edictum* genommen. Aus eben diesem Buche sind *L.* 20. *L.* 25. *L.* 27. *et* 29. *D. de heredit. petit.* In der *L.* 20. §. 6. wird das SCtum selbst wörtlich angeführt.

54) S. **Boley** Betrachtungen über versch. Rechtsmaterien Nr. I. S. 15. ff.

55) *L.* 62. *pr. D. h. t.* Si navis a m. f. possessore petatur, et fructus aestimandi sunt: ut in taberna, et area, quae locari solent. Quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, (das heißt hier Geld, welches der Erblasser als

der m. f. possessor sogar selbst die Gelder ausgeliehen, so würde nichts der Billigkeit gemäßer seyn, als daß der, welcher die Gefahr des Capitals zu tragen hatte, auch die Zinsen davon behalten dürfe[56]).

2) Bey dem b f possessor hingegen ist die Zeit vor dem entstandenen Prozeß von dem Zeitpunkt zu unterscheiden, da er durch die angestellte Klage civiliter in einen m. f. possessor verwandelt wurde. Was er vor entstandenem Prozeß vernachläßiget hat, dafür braucht er nichts zu vergüten[57]). Quia quasi suam rem neglexit[58]). Allein nach entstandenem Rechtsstreite haftet er auch für die vernachläßigten Früchte, jedoch nur für diejenigen, die er selbst hätte ziehen können, und durch eigne Schuld versäumt hat[59]). Es ist also hier zwischen ihm und einem wahren m. f. possessor ein wichtiger Unterschied, daß man bey der Berechnung dieser Früchte nicht auf

als einen Nothpfennig baar liegen gehabt hat. *L.* 79. §. 1. *D. de legat. III.*) quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur. Nam — ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, *cum pecunia periculo dantis foeneretur.*

56) *L.* 67. §. 1. *D. pro socio.* *L.* 10. §. 8. *D. mandati.* S. Boley S. 13. f. THIBAUT 2. B. §. 568. und vorzüglich FABER in Rational. ad L. 62. pr. D. h. t.

57) §. 2. *I. de offic. iudic.* *L.* 78. *D. h. t.* *L.* 2. *Cod. eodem.* S. HASSE cit. Diss. §. 6. in fin.

58) *L.* 31. §. 3. *D. de hered. petit.*

59) §. 2. *I. de off. iud.* *L.* 2. *Cod. de fructib.*

auf den möglichen Erwerb des Klägers Rücksicht nimmt [60]).

Es fragt sich noch, ob dem Eigenthümer der Früchte wegen eine besondere Klage zustehe? Auch hierüber sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Einige [61]) bejahen diese Frage ohne Bedenken. Die meisten [62]) hingegen widersprechen mit Verweisung auf die *L.* 3. *C. de fructib.* und dieser Meinung ist auch unser **Hellfeld**. Ich glaube, daß ein Unterschied zu machen sey, ob der Besitzer ein b. oder m. f. possessor ist. Gegen den letztern hat allerdings eine besondere Klage Statt, und zwar wegen der noch in Natur bey ihm vorhandenen, die Reivindication, wegen der consumirten eine Condiction. Dieß bestätigen ganz klare Gesetze [63]). Gegen den erstern hingegen hat keine weitere Klage Statt, wenn sie bey der Vindication der Hauptsache weder ge-

60) S. WOLFFRADT Diss. de acquisit. fructuum §. 52. in fine.

61) BRUNNEMANN in Comm. ad L. 35. D. h. t. n. 4. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XI. Err. 1 und Boley a. a. O. Not. m. S. 20. Man beruft sich auf die *L.* 35. §. 1. *D. h. t. L.* 54. *D. locati* und *L.* 31. §. 3. *D. Soluto matrim.* welche aber gar nicht hierher gehören. S. Kochy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heut. Civilrechtsgelahrtheit 1. B. Betracht. 24.

62) LEYSER Specim. XCIX. medit. 8. BERGER *Oecon.* iuris Lib. II. Tit. II. Th. 34. Not. 9. HAUBOLD ad *Eundem* not. e. Tom. I. pag. 314. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1022. und WALCH Introduct. in controvers. iur. civ. Sect. IV. cap. II. §. 24.

63) *L.* 22. §. 2. *D. de pign. act.* *L.* 4. §. 2. *D. fin. regund.* *L.* 3. *Cod. de condict. ex lege.* *L.* 4. *C. de crim. expil. heredit.* *L.* 15. *D. de Usuris.*

gebeten, noch dem Kläger solche von richterlichen Amtswegen zuerkannt worden sind, und das richterliche Urtheil einmal die Rechtskraft beschritten hat. Es ist jedoch hierbey zu bemerken, daß die richterliche Amtspflicht sich eigentlich nur auf die nach der Einlassung gezogenen Früchte beschränke[64]. Die vorher percipirten oder von dem Beklagten vernachläßigten Früchte hingegen ist der Richter dem Kläger nur dann zuzusprechen schuldig, wenn sie in der Klage besonders gebeten worden sind[65]. Man nimmt jedoch den Fall aus, wenn dem Klageschreiben die clausula salutaris angehängt worden ist[66].

§. 592.

64) *L.* 35. §. 1. *D. h. t.* *L.* 25. §. 8. *D. de aedilit. edicto.* THIBAUT Syst. §. 568. a. E.

65) *L.* 25. §. 8. *D. cit.* sagt: Iudici enim, statim atque iudex factus est, *omnium rerum officium incumbit*, quaecunque *in iudicio* versantur: ea autem, quae *ante iudicium* contingunt, non valde ad eum pertinent, *nisi fuerint ei nominatim iniuncta.* Add *L.* 10. *D. de Usur.* S. *Ian. a* COSTA Comment. ad Institut. Tit. de offic. iud. §. 2. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 15. und *Ioach. Christph.* BELLMANN Diss. ad L. 42. D. de re iud. s. de effectu sententiae ad omissa in restitutione fructuum, expensarum et usurarum. *Goett.* 1755. §. 22.

66) STRYK Us. mod. Pand. h. t., §. 15. COCCEJI c. l. und HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4362. nr. 5.

§. 592.

Vergütung der Verwendungen und Unkosten, als Gegenforderung des Beklagten bey der Reivindication.

Auch bey der Reivindication kann der Beklagte seiner Seits manche Gegenforderungen machen. In wiefern er eine Erstattung des für die Sache gegebenen Preises fordern kann, ist schon an einem andern Orte (§. 587. S. 216.) vorgekommen. Hier kommt es noch darauf an, in wiefern dem Beklagten die gehabten Auslagen zu vergüten sind? Man unterscheide, ob sie blos der Früchte wegen, oder auf die Sache selbst verwendet worden sind.

I) Die auf die Früchte verwandten Unkosten werden dem Besitzer nur insofern vergütet, als er die Früchte restituirt [67]). Hoc enim *fructuum* nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest [68]). Hier ist kein Unterschied zwischen einem b. und m. fidei possessor [69]). Sind die Kosten vergeblich verwendet worden, weil aus den Früchten nichts geworden ist, oder weil sie verunglückt sind, so kann bey der Reivindication derentwegen auch nicht einmal der b. f. possessor etwas anrechnen [70]).

II) Sind

67) L. 46. D. *de usur.*

68) L. 1. C. *de fructib.*

69) HOFACKER Tom. II. §. 1024.

70) Anderer Meinung ist zwar Cujaz Observat. Lib. X. cap. 1. Allein er verwechselt offenbar die Erbschaftsklage, bey welcher dieses Rechtens ist, (S. den 7. Th. §. 571.) mit der Reivindication, wie schon Westphal im System §. 958. erinnert hat.

II) Sind die Kosten auf die Sache selbst gewandt, so ist wieder zu unterscheiden, ob sie nothwendige, d. i. solche sind, wodurch die Substanz erhalten, und gegen den gänzlichen Verfall oder Verlust gesichert worden ist[71]; oder nützliche, wodurch die Substanz wesentlich verbessert, und der Ertrag derselben erhöhet worden ist; oder endlich blos zierende sind, welche nur zum Vergnügen dienen, und einen sinnlichen Reitz haben, ohne den Ertrag der Sache zu vermehren[72].

1) Die nothwendigen Unkosten werden jedem Besitzer, er sey b. oder m. f. possessor, vergütet[73]). Nur

71) Zu einem solchen nothwendigen Aufwand gehören z. B. die Kosten der Verpflegung und des Unterhalts bey einem vindicirten lebendigen Object. *L.* 4. §. 9. *de doli et met. except.* *L.* 1. *C. de infant. exposit.* Ferner die Bezahlung eines auf dem vindicirten Grundstück gestandenen Capitals an den Gläubiger des vindicirenden Eigenthümers, um die hypothekarische Klage abzuwenden. *L.* 65. *D. h. t.* *L.* 28. *D. de pign. act.* *L.* 2. *D. Quib. mod. pign. solvit.*

72) *L* 79. *D. de Verbor. Signif.* Man sehe hier vorzüglich *Hugo* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 7.

73) *L.* 5. *Cod. h. t.* Malae fidei possessores eius, quod in rem alienam impendunt: non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetionem, *nisi necessarios sumtus fecerint.* S. NOODT in Comment. ad Dig. h. t. pag. 200. *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 22. §. 9. sqq. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1266.) u. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Quaest. 16.

Nur dem Diebe wird das Recht, wegen solcher Unkosten eine Vergütung zu fordern, abgesprochen[74]).

2) Sind die Unkosten nützliche, so kann

a) der m. f. possessor wegen eines solchen Aufwandes keine Vergütung fordern, sondern er hat nur das Recht, die Melioration wieder wegzunehmen, sofern es ohne Schaden der Hauptsache möglich ist[75]).

b) Der b. f. possessor hingegen kann für die nützlichen Verwendungen insofern Entschädigung fordern, als sie noch existiren, und sich von der Hauptsache schlechterdings nicht trennen lassen. Sie müssen nur auch für den Kläger eben so nützlich, und der Aufwand nicht so übermäßig seyn, daß der Kläger aus Unvermögenheit des Ersatzes sein Eigenthum aufgeben müßte. Gesetzt also, die Melioration hätte für den Kläger den Nutzen nicht, welchen sie dem Beklagten gewährte, oder er wäre den Ersatz zu thun,

74) *L.* 1. *Cod. de infant. exposit.* L. 13. *D. de condict. furt.* VOET Comm. h. t. §. 36. und HOFACKER Tom. II. §. 1024.

75) *L.* 5. *C. h. t.* — Sin autem *utiles:* licentia eis (sc. m. f. possessoribus) permittitur, *sine laesione prioris status rei;* eos auferre. Eben dieses findet Statt, wenn der b. f. possessor während des Prozesses, oder nachdem er erfahren hatte, daß die innehabende Sache ihm nicht gehöre, den Aufwand gemacht hat. *L.* 37. *D. h. t.* HUBER in Eunom. Rom. pag. 204. seq.

thun, nicht vermögend; so kann der Besitzer keine Vergütung fordern, wofern nicht etwa der Kläger im Begriff wäre, die vindicirte Sache wieder zu verkaufen, und sich gerade ein Liebhaber fände, der eben in Rücksicht der gemachten Melioration ein ansehnliches mehr geben wollte, als er thun würde, wenn solche nicht vorhanden wäre. Hier muß dem Beklagten die Melioration schlechterdings vergütet werden[76]. Eben dieses findet Statt, wenn sich der Eigenthümer auf eine demselben vor der Verwendung geschehene Anzeige arglistig nicht erklärt hätte. Ist eine Trennung von der Hauptsache ohne Beschädigung derselben möglich, so ist vor allen Dingen darauf zu sehen, ob der Kläger in seiner Lage und nach seinen Vermögensumständen einen solchen Aufwand wahrscheinlich selbst würde gemacht haben, oder nicht. In jenem Falle kann der Beklagte den Ersatz der verwandten Unkosten von Rechtswegen fordern, soweit die Sache dadurch wirklich verbessert und jetzt nutzbarer geworden ist. Wäre jedoch die neue Anlage oder das neue Gebäude, welches der Beklagte errichtet hat, an sich weit mehr werth, als die darauf gewandten Unkosten betragen, so kann der Besitzer dafür nichts weiter anrechnen, sondern dieser höhere Werth der Sache ist ein Gewinn für den Kläger. In dem letztern Falle hingegen

76) Man sehe hier vorzüglich *Iac.* CUJACII Observation. Lib. IX. cap. 38. Nur darin hat Cujaz Unrecht, daß er auch in Ansehung des nützlichen Aufwandes dem m. f. possessor ein gleiches Recht gestattet. POTHIER in Pand. Iustinian. h. t. Nr. XLV. not. b. verwirft mit Recht diese Meinung. Man s. auch *Gregor* MAJANSII Commentar. ad XXX. ICtorum fragmenta T. I. pag. 376.

gegen steht es dem Kläger frey, sich von der Melioration loszusagen, und dem Beklagten die Wegnahme zu gestatten, insofern sie nämlich möglich ist, ohne daß die Sache dadurch schlechter wird, als sie vor der Verwendung war. Denn hätte z. B. der Besitzer an die Stelle eines noch ganz guten und dauerhaften Gebäudes ein neues nur mit mehrerem Geschmack oder von größerem Umfange aufgeführt, so kann er dafür keine Entschädigung verlangen. Eben so wenig darf der Besitzer das wegnehmen, was nach geschehener Trennung für ihn gar keinen Nutzen weiter haben würde. Noch Eins ist jedoch dem Kläger erlaubt, er kann nämlich, wenn er will, dem Beklagten den Werth desjenigen bezahlen, was er sonst wegnehmen könnte. Dann muß der Beklagte die Verwendung bey der Sache lassen, und der Kläger hat den Vortheil, daß er die Melioration jetzt für einen wohlfeilern Preiß erhält. Hierdurch sind nun zugleich folgende Stellen erläutert.

1) *L.* 27. §. 5. *D. h. t.* In rem petitam, si possessor ante litem contestatam sumtus fecit; per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam, non redditis sumtibus. Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit, et damnatus praestitit pecuniam[77]): aut in

 area,

77) Dies geht auf den Fall, wenn Jemand vor der Entwährung gegen den Besitzer des Sklavens die actio noxalis angestellt, und dieser, Schaden und Strafe zu bezahlen, für besser gefunden, als den Sklaven selbst dem Kläger zu überliefern. Da hierdurch der Sklave dem evincirenden Eigenthümer erhalten worden ist, so ist dies ein Aufwand, der dem Besitzer vergütet werden muß.

area, quae fuit petitoris, per errorem insulam aedificavit; *nisi tamen paratus sit petitor pati, tollere eum aedificium.* — Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum PROCULUS existimat: quia neque carere servo meo debeam; nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.

2) *L.* 28. 29. *et* 30. *D. eod.* Forte quod pictorem aut librarium docueris[78]), dicitur, non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse, *nisi si venalem eum habeas*, et *plus ex pretio* eius consecuturus sis *propter artificium*: aut si ante denunciatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante, posita sit doli mali exceptio[79]).

3) *L.*

78) *Corn. van* BYNCKERSHOEK Lib. VII. Observat. iur. Rom. cap. 25 § 9. will hier lieber: *picturam aut librariam docueris* lesen. Allein die gemeine Leseart ist hier nicht zu ändern, denn *librarius* hieß bey den Römern ein solcher Sklave, dessen Geschäft im Bücherabschreiben bestand. CICERO ad *Atticum* Lib. XII. Ep. 6. SUETON. in *Domit.* c. 10. LIVIUS Lib. XXXVIII. c. 55. Zu diesem Zweck hielten die reichern Römer bisweilen mehrere Sklaven. CORN. NEPOS in *Attico* c. 13. Man s. Adams Handbuch der Röm. Alterthümer 1. B. S. 320. und 2. B. S. 958.

79) Einige wollen hier statt *posita sit* lieber prosit doli mali exceptio lesen. Allein zu dieser Emendation ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, da der Ausdruck *posita exceptio* für opposita gar nicht ungewöhnlich ist, wie *Io. Guil.* HOFFMANN in Disputat. et Observat. var. ad Pand. Dissert.

3) *L.* 38. *D. h. t.* In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti, aut conseruisti, deinde evincitur; bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge, *et dominum eadem facturum fuisse*; reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, *quo pretiosior factus est*; et si plus pretio fundi accessit, *solum, quod impensum est.* Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat: *sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis*; dum ita, ne *deterior* sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas. Neque malitiis indulgendum est: si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit, nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto, tu condemnandus es [80].

3) Sind endlich die aufgewandten Kosten blos *impensae voluptuariae*, so kommt dem Besitzer, er sey b. oder

Dissert. VII. §. 1. aus *L.* 48. und *L.* 65. *D. h. t.* klar erwiesen hat.

80) Man sehe über diese Stelle *Christ. Gottl.* BIENERI Meletemata ad fragmentum Celsi ex libro III. Digestor. cap. 38. Pandectar. de rei vindicatione. *Lipsiae* 1790. und Westphal §. 960.

m. f. possessor, deshalb nur ein ius tollendi zu, so weit die Wegnahme ohne Schaden der Sache geschehen kann, und das, was weggenommen wird, für den Besitzer noch von Nutzen seyn kann[81]). Sollten sie jedoch im Verhältniß zum Kläger als nützliche anzusehen, oder der Kläger die Sache sogleich wieder an einem Dritten zu verkaufen Willens seyn, der eben der angebrachten Verzierungen wegen mehr für dieselbe geben will, so findet hier eben das Anwendung, was von dem nützlichen Aufwand gesagt worden ist[82]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn der Besitzer für den gemachten Aufwand eine Vergütung verlangt, er nicht schon durch die genossenen Fürchte der Sache, welche er behält, hinlänglich entschädiget seyn müsse. Denn billig muß er auf seine Forderung das abrechnen, was er durch die genossenen Früchte gewonnen hat[83]). Der Be-

81) *L. 9. D. de impens. in res dotal. fact. L. 38. in fin. D. h. t.*

82) VOET h. t. §. 36. HOFACKER T. II. §. 1024. in fin. Westphal §. 961. THIBAUT §. 569.

83) *L. 48. L. 65. pr. D. h. t.* Man s. über diese Stellen Westphals syst. Erläuterung der R. Ges. vom Pfandrecht §. 258. Not. 290. *Io.* HOPP Diss. de compensat. fructuum cum impensis ad L. 48. cit. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLIII. not. e. f. g. pag. 221. Die Ausnahme, die einige in Ansehung der vor entstandenem Prozeß gezogenen Früchte machen wollen, ist eben so ungegründet, als verwerflich die in den angeführten Stellen vorgenommene Veränderung der Leseart *ante*

Besitzer kann jedoch wegen seiner Verwendungen sich eigentlich nur einer Einrede bedienen, weshalb ihm die Gesetze[84]) die *exceptio doli mali* mit der Wirkung der Retention gestatten. Hat der Beklagte diese Einrede nicht vorgeschützt, es erhellet aber doch aus dem Vorbringen desselben, daß Verwendungen geschehen sind, so kann der Richter auch schon von Amtswegen darauf erkennen[85]). Ob dem Besitzer deshalb auch eine Klage zustehe, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere glauben es, und zwar gestatten einige[86]) dem Besitzer eine condictio incerti, andere[87]) die actio negotiorum gestorum utilis. Noch andere eine actio in factum[88]).

Allein

ante litem contestatam, wofür Haloander, Charondas und Gothofredus *post litem contestatam* lesen wollen. Man sehe dagegen CUJACIUS ad dd LL. Lib II. Responsor. Papiniani. HUBER Eunom. Rom. pag. 307. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XX. cap. 7. pag. 1170. a SANDE Decis. aureae Lib. III. Tit. 15. Decis. 2. und SCHULTING Thes. controv. Dec. XVIII. §. 9.

84) *L.* 23. §. 4. *L.* 27. §. 5. *L.* 48. *D. h. t.* *L.* 4. §. 9. *D. de doli mali et met. except.* *L.* 14. *D. eodem.*

85) Westphal im System §. 957. S. 745. und §. 963. a. E.

76) Nach der Meinung des Cujaz Observat. X. 4.

87) Nach der Meinung des Glossators Martinus. Ihm stimmen bey HARPPRECHT in Comm. ad Institut. T. II. p. 388. *Io.* WUNDERLICH in Diss. de remediis, quae pro servandis recuperandisque impensis a b. f. possessore in rem alienam factis competunt. *Ienae* 1758. §. 10. 11. POTHIER Pand. Iustin h. t. Nr. XLVIII. not. d. und Westphal im System §. 433. u. §. 434.

88) MALBLANC Dig. h. t. §. 405.

Allein nach der Theorie läßt sich weder die eine noch die andere Meinung rechtfertigen [89]. Denn der Besitzer verwandte diese Unkosten instar domini. Man kann also nicht sagen, daß er negotium alienum gerirt habe. Sodann sagen es auch die Gesetze [90] ganz klar, daß dem Besitzer deswegen keine Klage, sondern blos eine Retention zustehe. Indessen räumt ihm doch die Praxis eine actio negotiorum gestorum utilis ein [91].

89) S. *Ant.* FABER Error. Pragmat. Dec. XXVI. Err. 9. et 10. *Des.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 23. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. II. p. 1267.) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. II. Tract. 12. *Ger.* NOODT Comment. ad Pand. h. t. T. II. pag. 201. *Arn.* VINNIUS Sel. iuris Quaestion. Lib. I. c. 24. *Hug* DONELLUS c. l. pag. 1171. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 17. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. p.

90) *L.* 48. *D. h. t. L.* 14. *§.* 1. *D. Comm. divid. L.* 33. *D. de condict. indeb.* §. 30. *I. de rer. divis. L.* 7. *§.* 12. *D. de acq. rer. dom.*

91) STRUV. Synt. iur. civ. Exerc. XI. Th. 36. Strubens rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 76. HOFACKER T. II. §. 1025. in fin.

Gedruckt bey Adolph Ernst Junge.

Allein nach der Theorie läßt sich weder die eine noch die andere Meinung rechtfertigen [89]). Denn der Besitzer verwandte diese Unkosten instar domini. Man kann also nicht sagen, daß er negotium alienum gerirt habe. Sodann sagen es auch die Gesetze [90]) ganz klar, daß dem Besitzer deswegen keine Klage, sondern blos eine Retention zustehe. Indessen räumt ihm doch die Praxis eine actio negotiorum gestorum utilis ein [91]).

89) S. *Ant.* FABER Error. Pragmat. Dec. XXVI. Err. 9. et 10. *Des.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 23. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. II. p. 1267.) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. II. Tract. 12. *Ger.* NOODT Comment. ad Pand. h. t. T. II. pag. 201. *Arn.* VINNIUS Sel. iuris Quaestion. Lib. I. c. 24. *Hug* DONELLUS c. l. pag. 1171. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 17. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. p.

90) *L.* 48. *D. h. t. L.* 14. *§.* 1. *D. Comm. divid. L.* 33. *D. de condict. indeb.* §. 30. *I. de rer. divis. L.* 7. *§.* 12. *D. de acq. rer. dom.*

91) STRUV. Synt. iur. civ. Exerc. XI. Th. 36. Strubens rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 76. HOFACKER T. II. §. 1025. in fin.

Gedruckt bey Adolph Ernst Junge.